

AKSJELOVENS REGLER OM KONSERNKONTO



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 655
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17079 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>PRESENTASJON AV TEMA</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>2</u>
2.1	Faktisk beskrivelse av konsernkonto	2
2.1.1	Likviditetsstyring i et konsern	2
2.1.2	Hva er konsernkonto?	3
2.1.3	Banktilbud for konsernkontoordning	5
2.1.4	Nullsaldo	7
2.1.5	Konsernkontoordning utenfor bank	7
2.1.6	Sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning	8
2.2	Rettslig regulering av konsernkontoordning	8
2.2.1	Aksjelovens bestemmelser om konsernkontoordning	8
2.2.2	Begrepene kreditt og sikkerhetsstillelse i § 8-7 (1) til (3)	9
2.2.3	Utgangspunkt – forbud mot kreditt og sikkerhetsstillelse	10
2.2.4	Begrunnelsen for forbudet	12
2.2.5	Omfanget av forbudet mot kreditt og sikkerhetsstillelse i internasjonale konsernforhold	14
2.2.6	Unntakene fra forbudet	15
2.2.6.1	Unntaket i § 8-7 (3) nr 1	15
2.2.6.2	Unntaket i § 8-7 (3) nr 2	16
2.2.6.3	Unntaket i § 8-7 (4)	17
2.3	Deltakelse i konsernkontoordning i strid med reglene	17
2.3.1	Virkningene av at selskapet deltar i konsernkontoordning i strid med vilkårene i § 8-7	17
2.3.2	Når inntreer ugyldighetsvirkningene	19
2.3.3	Virkninger for tredjepart	21
2.4	Avgrensning av oppgaven	22
<u>3</u>	<u>KONSERNUNNTAKET</u>	<u>24</u>
3.1	Lovhjemmelen for unntaket fra forbudet mot kreditt og sikkerhetsstillelse for andre selskap i samme konsern	24
3.1.1	Forholdet til konsernkontoordning	24

3.1.2	Unntaket gjelder kreditt	25
3.1.3	...og sikkerhetsstillelse	25
3.2	Konsern med norsk morselskap	27
3.2.1	Kreditt til morselskapet	27
3.2.2	Når morselskapet er allmennaksjeselskap	28
3.2.3	Kreditt til andre selskap enn morselskapet	29
3.2.4	Morselskapets lån til utenlandsk datterselskap	30
3.3	Konsern med utenlandsk morselskap	31
3.3.1	Utvidelse av konserndefinisjonen gjennom § 1-4 (2) annet punktum	32
3.3.2	Vilkåret om at morselskapet må høre hjemme i en EØS-stat	33
3.3.3	Lovgivningsvilkåret	35
3.3.4	Konsekvensene av lovgivningsvilkåret	37
3.3.5	Kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for det utenlandske morselskapets datterselskap	38
3.3.6	Praktisk problem å avgjøre om vilkårene er oppfylt	39
4	<u>KONSERNKONTOUNNTAKET</u>	41
4.1	Lovhjemmelen for unntak fra låneforbudet for konsernkontoordning	41
4.1.1	Bestemmelsen i § 8-7 (4)	41
4.1.2	Hensynet bak konsernkountounntaket	42
4.2	Vilkårene for å benytte konsernkountounntaket	43
4.2.1	Oversikt over vilkårene	43
4.2.2	Det må være tale om en konsernkontoordning	44
4.2.3	Sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning	46
4.2.4	Grensen mellom lovlig lån i konsernkontoordning og ulovlig konsernlån	47
4.2.5	Bare selskap i konsernet kan delta i konsernkontoordningen	50
4.3	Vilkåret i § 8-7 (4) om bruk av konsernkantomidlene i ”konsernets virksomhet”	51
4.3.1	Konsernbegrepet i konsernkotobestemmelsen	51
4.3.2	Morselskapsbegrepet i § 8-7 (4)	52
4.3.3	Andre selskap i konsernet som det tillates at datterselskapet deltar i konsernkontoordning sammen med	54
4.3.4	Hva er konsernets virksomhet?	55
4.3.4.1	Virksomhetsbegrepet tolket ut fra vedtektene	55
4.3.4.2	Er virksomhet det samme som drift?	56
4.3.4.3	Virksomhetsbegrepet tolket ut fra hensynet bak bestemmelsen i § 8-7 (4)	56
4.3.4.4	Virksomhetsbegrep i andre lover	57

4.3.5	Hva vil det si å "bruke" midlene i konsernets virksomhet?	59
4.3.6	Gjelder kravet om bruk i konsernets virksomhet alle midlene i konsernkontoordningen?	59
4.3.7	Oppsummering av vilkåret om at midlene bare kan brukes i konsernets virksomhet	60
4.4	Hvilke av selskapets midler kan gå inn i konsernkontoordningen	61
4.4.1	Utgangspunkt	61
4.4.2	Midler som ikke kan gå inn på konti tilknyttet konsernkontoordningen	61
<u>5</u>	<u>HVA SKJER VIDERE?</u>	<u>62</u>
5.1	Om forslaget til endring i aksjeloven som utvider konsernunntaket	62
5.2	Om betydningen av den foreslåtte endringen i konsernunntaket	64
5.3	Konsernkountunntaket etter de foreslåtte endringene i aksjeloven	65
	Litteraturliste	66
	Liste over figurer	71

1 Presentasjon av tema

Mange norske aksjeselskap er datterselskap i norske eller internasjonale konsern. Som ledd i likviditetsforvaltningen kan konsernselskapene ha et felles kontosystem kalt konsernkonto eller konsernkontoordning. Likviditetsoverskudd i et selskap kan gjennom en slik ordning brukes av et annet selskap i konsernet som trenger likviditetstilskudd. Det oppstår da låneforhold mellom konsernselskapene. Ekstern finansiering i form av kassakredittordning er ofte tilknyttet de konsernkontoordninger som tilbys av banker og andre finansinstitusjoner.

Aksjeselskap er gitt et omfattende låne- og sikkerhetsstillelsesforbud.¹ Forbudet rammer i utgangspunktet også lån og sikkerhetsstillelse gitt gjennom konsernkontoordninger. Fra dette forbudet er det gitt unntak som gjør at et aksjeselskap likevel kan delta i konsernkontoordninger på gitte vilkår.

Et selskap som ønsker å delta i en konsernkontoordning møter problemstillinger av både faktisk og rettslig art. Hva er egentlig en konsernkonto eller en konsernkontoordning? Hvilke vilkår gjelder for et aksjeselskaps deltagelse i en konsernkontoordning? Hva er rettsvirkningene av at vilkårene ikke er oppfylt?

Reglene om konsernkonto befinner seg i kjernen av spenningsfeltet der hensynet til beskyttelse av selskapets kapital står mot hensynet til effektiv utnyttelse av konsernets samlede kapital. Det siste er den praktiske virkelighet. Det er en kontrast mellom selskapet som et eget selvstendig rettssubjekt på den ene siden og selskapet som en del av et enhetlig konsern på den andre siden. Subjektstankegangen, der selskapet er ”seg selv” kolliderer på flere måter med bildet av konsernet som en enhet, noe som også uttrykkes i reglene om likviditetsstyring på tvers av selskapsgrensene i et konsern, og i enda større grad når konsernet krysser landegrensene. Gjennom utformingen av reglene

¹ Asl § 8-7 (1) og (2)

uttrykkes et kompromiss mellom det å verne selskapets kapital av hensyn til kreditorer, aksjeeiere og for så vidt selskapet selv, og det å tillate at selskapet deltar i et konsern der det å ”dele” kapital er en naturlig og ønsket del av deltagelsen.

De motstridende hensynene som er nevnt har medført at aksjelovens regler om konsernkonto til dels oppfattes som både uklare og utilstrekkelige.² Samtidig er bruk av konsernkontoordninger svært aktuelt for mange aksjeselskap. Oppgaven vil ta for seg både faktiske og rettslige problemstillinger knyttet til temaet konsernkonto.

2 Innledning

2.1 Faktisk beskrivelse av konsernkonto

2.1.1 Likviditetsstyring i et konsern

Et konsern er i utgangspunktet kun bundet sammen av formelle kriterier knyttet til kontroll og aksjeeierandel.³ Uavhengig av hvor sterk denne formelle bindingen er, kan selskapene i konsernet være sterkt eller svakt knyttet til hverandre når det gjelder faktisk styring, organisasjon og økonomiske transaksjoner.

Når det gjelder økonomiske transaksjoner innad i et konsern kan disse deles i to hovedgrupper. Den første omfatter de transaksjonene som henger sammen rent drifts- og forretningsmessig. Et konsernselskap kan være underleverandør til et annet i samme konsern, for eksempel som leverandør av råvarer eller spesialutstyr. Et annet tilfelle kan være at konsernselskapene deler kontorbygg og servicetjenester som sentralbord og kantinedrift.

² Olf 2011 s. 4-5, PwC 2011 s. 8-9, Wikborg Rein & Co 2011 s. 2-3

³ Asl § 1-3

Den andre gruppen er transaksjonene som har et finansielt formål. I et konsern vil som regel behovet for likviditet variere mellom selskapene. Dette kan avhjelpes med rent finansielle transaksjoner innad i konsernet. Lån mellom selskapene, konsernlån, er aktuelt. Det samme er felles kontosystem for flere selskap i konsernet, konsernkontoordning. En slik konsernkontoordning er et redskap for likviditetsstyring i konsernet.

De finansielle transaksjonene kan altså være helt uavhengige av om det er noen forretningsmessig eller organisasjonsmessige knytninger, annet enn selve konserntilknytningen, mellom selskapene.⁴ Mulighetene for likviditetsstyring gjennom konsernkontoordning, lån eller andre finansielle ordninger kan være det som faktisk begrunner organiseringen av selskap i konsern i stedet for i uavhengige selskap.

2.1.2 Hva er konsernkonto?

En ordning med konsernkonto er et felles kontosystem mellom flere selskap i et konsern med det formål å utnytte ledig kapital i konsernet og minimere kostnader knyttet til gebyrer og renter. Det eller de selskapene som har overskuddslikviditet stiller midler til rådighet i kontoordningen, og det eller de selskapene som har likviditetsbehov tilstilles midlene.

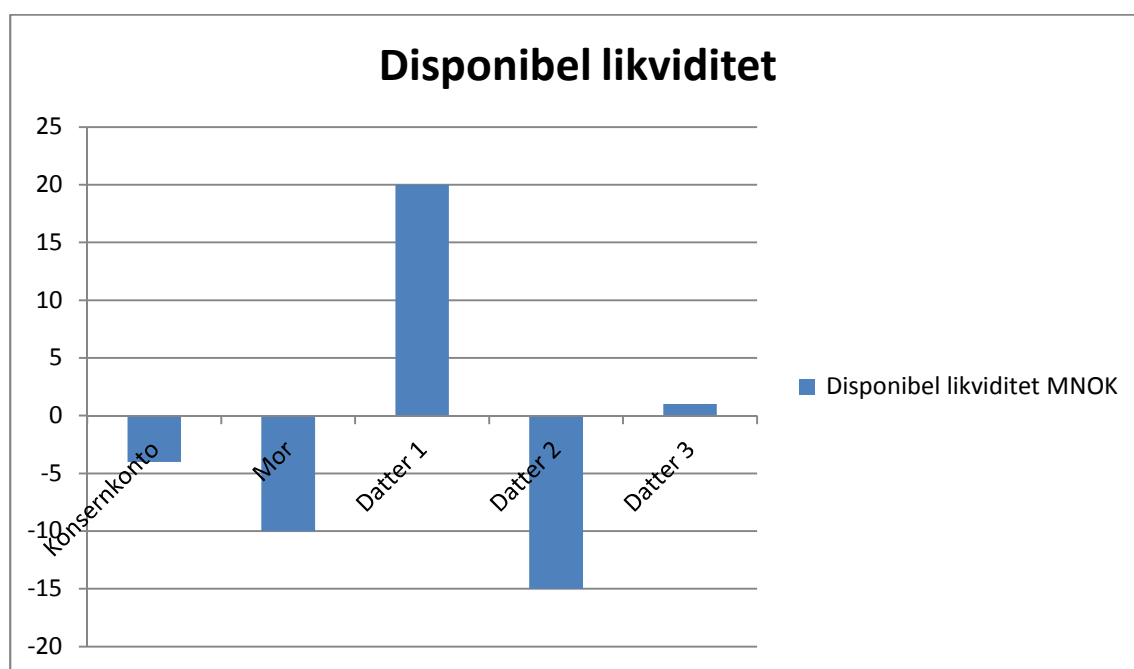
Konsernkontoordning er forklart som en ordning der et av konsernselskapene er hovedkontoinnehaver og der andre selskap i konsernet har sine respektive underkonti tilknyttet denne hovedkontoen. Hovedkontoens saldo er summen av saldoene på underkontiene. For å få saldoen på hovedkontoen medregnes saldoene på underkontiene, både de med positiv og negativ verdi. Mellomværendene mellom

⁴ Rt. 2000 s.1473, s. 1480-1481. I sak om inntektsfradrag for tap som ble påført ved at morselskapet overtok datterselskaps gjeld ble det uttalt at det ikke var opplyst om nær forretningsmessig sammenheng mellom selskapene, noe som støttet synet på at gjeldsovertakelsen var rent forretningsmessig begrunnet. Tapet var oppstått i forbindelse med konsernkontoordning.

hovedkontoinnehaver og den enkelte underkontoinnehaver er et låneforhold mellom selskapene.⁵

Prinsippet med konsernkontoordning kan illustreres ved et eksempel der konsernselskapene som deltar i ordningen er et morselskap og tre datterselskap.

Figur 1 viser likviditetsbehovet til de enkelte selskapene og samlet i konsernet. Positive verdier betyr her likviditetsoverskudd og negative verdier betyr behov for likviditetstilførsel. Figuren viser behovet på et gitt tidspunkt, for eksempel en bestemt dag. Konsernselskapet Datter 1 har et stort likviditetsoverskudd, Datter 3 har et lite overskudd, og både morselskapet og Datter 2 har likviditetsunderskudd og trenger kapitaltilførsel. Det samlede likviditetsbehovet konsernet er vist i kolonnen merket ”Konsernkonto”.



Figur 1 Konsernkonto

⁵ Ot.prp.nr nr.21 (2002-2003) s. 10. Se også Rt. 2000 s.1473, s. 1479 om at den aktuelle konsernkontoordningen faktisk fungerte med slike låneforhold mellom morselskap og de respektive datterselskap.

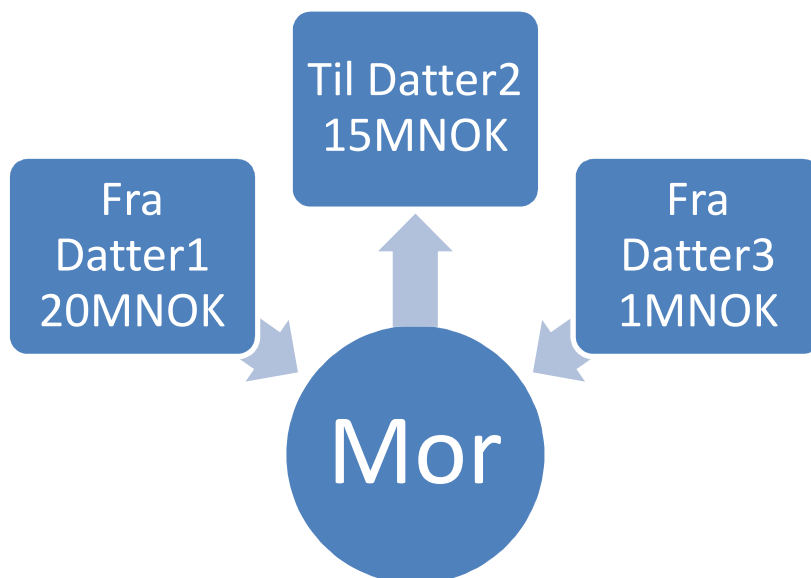
2.1.3 Banktilbud for konsernkontoordning

Banker og andre finansinstitusjoner har konsernkontoordninger i sine kundetilbud. En konsernkontoordning i en bank har gjerne en kassakredittordning knyttet til seg. I eksempelet ovenfor er konsernets samlede kapitalbehov på 4 millioner kroner. Det kan dekkes gjennom en slik ordning.

Forutsatt at morselskapet er hovedkontoinnehaver oppstår følgende låneforhold i denne konsernkontoordningen:

- a) Mor låner 20 millioner kroner av Datter 1.
- b) Datter 2 låner 15 millioner kroner av Mor.⁶
- c) Mor låner 1 million kroner av Datter 3.
- d) Mor låner 4 millioner kroner av banken gjennom kassakredittordningen for å dekke konsernets samlede likviditetsunderskudd.

Låneforholdene mellom selskapene kan illustreres som vist i figur 2.



Figur 2 Låneforhold i konsernkontoordning

⁶ Selv om morselskapet selv trenger likviditet, er det altså morselskapet, som hovedkontoinnehaver, som er långiver under konsernkontoordningen.

I stedet for at selskapene Mor og Datter 2 i eksempelet til sammen trekker 25 millioner kroner av to separate kassakredittordninger, blir det, etter at konsernselskapene med overskuddslikviditet har bidratt, til sammen et udekket behov for 4 millioner kroner. Morselskapet, som er hovedkontoinnehaver, låner gjennom konsernkontoordningen disse 4 millioner kronene av bank for å dekke konsernets samlede likviditetsunderskudd. Dette er vist i figur 3.



Figur 3 Kassakreditt i konsernkontoordning

Cash-pool, zero balancing og masterkontosystem er andre begrep som brukes i tilknytning til konsernkontosystem.⁷ Finansinstitusjonene tilbyr variasjoner av konsernkontoordninger, gjerne med flere konti for forskjellige valutaer. I tillegg til at likviditeten i konsernet blir utnyttet, bidrar slike ordninger også til å minimere antall valutavekslinger og provisjoner.⁸

⁷ DnB NOR, Handelsbanken

⁸ DnB NOR

2.1.4 Nullsaldo

Såkalte nullsaldosystemer ("zero balancing") er ordninger der de deltagende selskapene har hver sin konto som daglig blir nullstilt. Det skjer på den måten at fra de konti med positiv saldo, overføres denne til hovedkontoen, mens det blir overført saldo fra hovedkonto til de med negativ saldo, innenfor gitte rammer.⁹ Forskjellen i forhold til ordinær konsernkontoordning, er at mens det i den ordinære ordningen bare er hovedkontoen som er direkte knyttet mot finansinstitusjonen, er alle kontiene i nullsaldosystemet knyttet direkte mot finansinstitusjonen.

Eksempelet foran kan også illustrere nullsaldosystemet. Figur 1 kan nå illustrere saldo på de enkelte selskaps konti før nullstilling. Etter nullstilling vil alle kontiene vise null, bortsett fra hovedkontoen ("Konsernkonto" i figuren) som viser konsernets netto saldo på minus 4 millioner kroner.

2.1.5 Konsernkontoordning utenfor bank

En konsernkontoordning trenger ikke være tilknyttet en finansinstitusjon, men kan være intern i konsernet.¹⁰ Det kan særlig være praktisk der konsernet totalt er selvfinansierende og har samlet likviditetsoverskudd. Konsernet kan enten ha en egen finansierings- eller "treasury"-enhet, eller så kan et av konsernselskapene organisere konsernkontoordningen. For at en intern ordning i konsernet skal kunne kalles en konsernkontoordning, må den fungere omtrent slik som beskrevet for ordninger tilknyttet finansinstitusjon.¹¹

Mellomværende mellom selskapene vil også her utgjøre låneforhold.

⁹ 2004/06494 s. 2 punkt 3.2

¹⁰ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 10

¹¹ Aarbakke 2004 s. 621

2.1.6 Sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning

En konsernkontoordning i bank eller annen finansinstitusjon er ofte kombinert med en kassakredittordning med en avtalt kredittramme. Overfor banken kan hovedkontoinnehaver ha en ramme, mens det innenfor denne rammen kan være avtalt separate maksimumsbeløp som det enkelte deltagende datterselskap kan trekke på.¹² Til gjeld opptatt av konsernet innen en slik samlet kredittramme er det vanlig at de deltagende selskap hefter som primærdebitorer. Datterselskapet påtar seg i avtalen med finansinstitusjonen et solidaransvar for den eksterne kreditten.¹³ Det er altså ikke bare kontoinnehaver, som regel morselskapet, men også de andre deltakerne, som stiller sikkerhet. Sikkerheten kan være i form av en kausjonserklæring til finansinstitusjonen for et gitt maksimumsbeløp.¹⁴

Til fordel for selskapene som til enhver tid stiller midler til disposisjon i ordningen, altså låner ut midler, stilles det ikke sikkerhet.

2.2 Rettslig regulering av konsernkontoordning

2.2.1 Aksjelovens bestemmelser om konsernkontoordning

§ 8-7 er den sentrale bestemmelsen som regulerer konsernkontoordning. Begrepet konsernkontoordning er bare brukt direkte i bestemmelsens fjerde ledd, men reglene i første til tredje ledd regulerer også bruk av slike ordninger.

¹² Slik også i den aktuelle konsernkontoordningen i Rt. 2000 s.1473, s. 1479

¹³ 2004/06494 s. 2 punkt 3.1

¹⁴ DnB NORs "Form of participation agreement – general terms and conditions for sub accounts"

Konsernkontoordning er ikke definert i loven, og det er heller ikke gitt slike forskriftsbestemmelser loven åpner for, om hva som anses som en konsernkontoordning.¹⁵ Det må derfor avklares hva som rettslig ligger i begrepet.

2.2.2 Begrepene kreditt og sikkerhetsstillelse i § 8-7 (1) til (3)

I forbindelse med konsernkontoordning er både kreditt og sikkerhetsstillelse sentrale begrep. Det er derfor nødvendig å avklare hva som ligger i disse begrepene, slik de er benyttet i lovbestemmelsene som regulerer bruk av konsernkontoordning. Begrepene er direkte brukt i første til tredje ledd i asl § 8-7.

Den første disposisjonstypen er det å gi kreditt. Ved overgang fra asl 1976 til aksjeloven og allmennaksjeloven i 1997 ble uttrykket lån erstattet med kreditt for å få et mer dekkende uttrykk, men det skulle ikke være endring i hvilke disposisjoner som ble rammet.¹⁶ Verken uttrykket kreditt eller lån er klart definert i norsk rett. Lån og kreditt kan defineres som at en avtalepart får utsatt sin motytelse, i forhold til det tidspunktet denne avtalemotparten leverer sin ytelse.¹⁷ Et selskaps lån som finansierer mottakers kjøp av et formuesgode, for eksempel en eiendom, er et typisk eksempel på å gi kreditt. Også å selge et formuesgode mot betalingsutsettelse, eller kjøpe tilsvarende mot forskuddsbetaling, faller under kredittbegrepet.¹⁸ Både pengelån og kredittkjøp er altså inkludert. Utlån av gjenstander faller imidlertid utenfor kredittbegrepet.¹⁹

Når det gjelder disposisjoner fra datterselskap til morselskap, er grensen mot utbytte og annen utdeling interessant.²⁰ Lån skal betales tilbake. De reelle forholdene er avgjørende; ikke hva disposisjonen er kalt.²¹

¹⁵ Asl § 8-7 (4) annet punktum

¹⁶ NOU 1992:29 s. 178-179, Andenæs 2006 s. 474

¹⁷ Andenæs 2006 s. 474

¹⁸ Andenæs 2006 s. 474

¹⁹ Ot.prp.nr.19 (1974-75) s. 192

²⁰ Asl § 3-6

²¹ Zimmer 2010 s. 286

Den andre aktuelle disposisjonstypen er at selskapet stiller sikkerhet. Dersom parten det stilles sikkerhet til fordel for ikke yter sin forpliktelse til avtaleparten, lover sikkerhetsstilleren å betale eller yte til avtaleparten, i henhold til avtalt sikkerhetsgrense. Høyesterett har slått fast at lån både er mer risikofylt og ”kvalitativt noe annet” enn å stille sikkerhet.²² Sikkerhet stilles til fordel for en kredittmottaker, men stilles til kredittgiver; gjerne til en uavhengig finansinstitusjon. Både realsikkerhet som pantsettelse, og det å stille seg personlig ansvarlig i form av garanti, kausjon eller medskyldneransvar, omfattes av uttrykket å stille sikkerhet.²³

Når det gjelder kreditt og sikkerhetsstillelse i konsern, kan dette være separate transaksjoner mellom to konsernselskap, men det kan også være avtaler om dette som del av en konsernkontoordning.

2.2.3 Utgangspunkt – forbud mot kreditt og sikkerhetsstillelse

Gjennom en konsernkontoordning oppstår det låneforhold mellom selskapene i konsernet, eller mer konsist, mellom morselskapet og de enkelte deltagende datterselskap. De utfordrende rettslige problemstillingene i forbindelse med konsernkontoordning oppstår først og fremst der et datterselskap stiller midler til disposisjon for de andre selskapene i konsernet, altså låner ut penger. Også det å stille sikkerhet til fordel for morselskapet eller andre konsernselskap omfattes av rettslige restriksjoner. Der lån eller sikkerhetsstillelse går andre veien, altså til datterselskapet, er det i aksjelovgivningen ikke gitt særskilt regulering. Dette er i tråd med formålet til kapitalbeskyttelsesreglene; de skal først og fremst forhindre at midler går ut av selskapet.

²² HR-2011-1191-A s. 4. Uttalelsen gjaldt unntak fra finansieringsforbudet i asl § 8-10, men må kunne antas også å gjelde ellers innen selskapsretten.

²³ Andenæs 2006 s. 474

Har en part et pengeoverskudd, kan det i tråd med vanlig avtalerett låne dette overskuddet ut til en annen part, også der en eller begge partene er aksjeselskap.²⁴ Aksjelovgivningen har imidlertid begrensninger for denne retten til å låne ut penger, og disse begrensningene rammer i utgangspunktet også lån som oppstår i forbindelse med en konsernkontoordning.

Det er i aksjeloven forbud mot kreditt og sikkerhetsstillelse til aksjeeiere, og til aksjeeieres nærstående.²⁵ I konsernforhold betyr dette at et aksjeselskap ikke kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for morselskap eller søsterselskap. For et aksjeselskap som er del av et konsern er forbudet utvidet til også å gjelde kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for aksje- eller andelseiere i de andre konsernselskapene.²⁶ Forbudsregelen er plassert i asl § 8-7 (1) og (2).

Det er en viktig presisering at det er tillatt med lån også til aksjeeiere og deres nærstående, så lenge lånet gis innenfor den tillatte utbytterammen. Et tilleggsvilkår er at sikkerhet skal stilles av mottaker, og denne skal være betryggende.²⁷ Midler innenfor utbytterammen kan på denne bakgrunn også stilles til disposisjon i en konsernkontoordning, og rammes ikke av låneforbudet. For disse midlene er det altså valgfritt om de kanaliseres til morselskapet, og eventuelt videre fra morselskapet til andre datterselskap, gjennom utbytte, konsernbidrag, lån eller stilles til disposisjon i en konsernkontoordning.²⁸ Det siste kan være aktuelt dersom midlene også innenfor utbytterammen skal beholdes i selskapet, men kan benyttes til å dekke midlertidig likviditetsbehov ellers i konsernet.

For midlene innenfor den utbytteramme, som kan stilles til disposisjon også i en konsernkontoordning, er hensynet til kreditorene og selskapet selv ivaretatt gjennom reglene som setter rammen.²⁹ For fastsetting av utbytterammen for det enkelte selskap

²⁴ Likevel begrensninger i finanslovgivningen, se finansvl § 1-2 (1) nr 6

²⁵ Asl § 8-7 (1) jf § 1-5 (1)

²⁶ Asl § 8-7 (2).

²⁷ Asl § 8-7 (1) jf § 8-1

²⁸ Asl § 3-9 (3)

²⁹ Asl § 8-1 jf § 3-4. Om rammen for aksjonærlån begrenses av ti prosents begrensningen for utdeling av utbytte i § 8-1 (2), se Matre 2010 s. 200-206

som deltar i et konsern, har konserntilknytningen ingen betydning.³⁰ Dette understreker at også konsernselskap er et eget selvstendig rettssubjekt.

Forbudet i § 8-7 (1) og (2) gjelder kreditt ”eller” sikkerhetsstillelse. Sikkerhetsstillelse likestilles altså med kreditt på den måten at forbudet omfatter begge deler. Siden sikkerhet stilles overfor en tredjeperson og ikke gis til personer eller selskap som forbudet retter seg mot, blir imidlertid virkningene av overskridelse av forbudet annerledes enn for kreditt.

2.2.4 Begrunnelsen for forbudet

Låneforbudet i § 8-7 (1) og (2) er begrunnet i faren for omgåelse av utdelingsreglene. I tillegg er det, for lån og sikkerhetsstillelse til fordel for den personkretsen som er omfattet av forbudet, en slik nærhet mellom disse og selskapet at det er fare for at disposisjonene gjøres uten å ivareta hensynet til kreditorene.³¹

Kreditt eller sikkerhetsstillelse er i seg selv ikke noen utdeling. Et lån kan imidlertid være en kamuflert utdeling allerede ved låneopptaket, eller det kan være spesielt gunstige lånevilkår for aksjeeieren som representerer en utdeling. Lånebeløpet kan også bli helt eller delvis utdelt gjennom ettergivelse av lånet. Selv om det i forbindelse med lån og sikkerhetsstillelse mellom konsernselskap ikke er noen ”ond” hensikt om å forbigå interessene til kreditorene, kan denne nærheten mellom giver og mottaker bidra til at forbigåelse likevel blir resultatet. Det at også konserninterne transaksjoner skal være underlagt prinsipper og vilkår som mellom uavhengige parter, kan til en viss grad forhindre dette, men kan ikke av lovgiver ha vært ansett tilstrekkelig for å ivareta hensynet til kreditorene.³²

³⁰ Andenæs 2006 s. 445, NOU 1992:29 s.178. Forslag om at det for morselskap også skulle tas hensyn til den økonomiske stillingen hos datterselskap ble strøket.

³¹ Andenæs 2006 s. 473, Matre 2010 s. 201

³² Asl § 3-9 (1)

Både forbudet i § 8-7 (1) og (2), og de andre lånebegrensningsreglene som gjelder personer som står i en spesiell stilling til selskapet, har altså sin begrunnelse i hensynet til kreditorene og til selskapet selv.³³ Også ved sikkerhetsstillelse er det fare for tapping av selskapet, slik at hensynene bak at forbudsregelen også omfatter sikkerhetsstillelse er den samme som for lån eller kreditt.

I konsernforhold der morselskapet ikke eier alle aksjene i datterselskapet, er også hensynet til de andre aksjeeierne sentralt når det gjelder forbud mot kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for morselskapet eller andre konsernselskap.³⁴

Formålet med det generelle låneforbudet til aksjeeiere og andre i § 8-7 (1) og (2) er altså først og fremst å hindre tapping av selskapets midler, og da særlig på bekostning av kreditorene. Disse begrensingene henger sammen med de andre reglene for beskyttelse av selskapskapitalen, som krav til egenkapitalen og utdelingsreglene.³⁵ Aksjelovgivningens regler om konsernkonto må ses opp mot både formålet bak låneforbudet, og årsaken til at det er gitt adgang til deltagelse i konsernkontoordning, til tross for låneforbudet.

Forholdet mellom behovet for vern av selskapsformuen i det enkelte konsernselskap, og behovet for å legge til rette for den faktiske økonomiske og organisasjonsmessige enhet et konsern ofte er, er omtalt av Høyesterett.³⁶ Konsernkontoordning omhandles ikke direkte, men transaksjoner i konsernforhold. Det ble bekreftet at prinsippet om rettssubjektivitet gjelder. Selv om Høyesterett fremhevet at konsernet også er en enhet, ble konklusjonen at det ikke er noe mer tøyelig og utvidet selskapsbegrep i konsernforhold enn ellers.³⁷

³³ Asl §§ 8-7 til 8-9

³⁴ Asl §§ 5-21, 6-28

³⁵ Asl §§ 3-4 til 3-6

³⁶ HR-2011-1191-A s. 5

³⁷ NOU 1996:3 s. 86 punkt 10.1.1

2.2.5 Omfanget av forbudet mot kreditt og sikkerhetsstillelse i internasjonale konsernforhold

Den eller de reelle aksjonærer rammes av § 8-7 (1).³⁸ I forhold til et aksjeselskaps mulighet til å gi lån eller stille sikkerhet til fordel for aksjeeier som er et selskap, rammes dette direkte av forbudet. Dette gjelder også dersom aksjeeier er et utenlandsk selskap.

Konserndefinisjonen i § 1-3, som har vilkår om at morselskapet skal være et norsk aksjeselskap, er gjennom § 1-4 (2) første punktum utvidet til også å omfatte konsern med utenlandsk morselskap. Dette gjør at det også for regelen i § 8-7 (2), om at låneforbudet også rammer aksjeeiere og deres nærstående til annet selskap i samme konsern, er uavhengig av om morselskapet er norsk eller utenlandsk.

Hensynene bak låneforbudet er også de samme, uavhengig av om konsernspissen er norsk eller utenlandsk. Hensynet til kreditorenes interesser, og betenkeligheten med kreditt- og sikkerhetsstillelsestransaksjoner mellom de involverte, er like aktuelt.

For forbudsregelen i § 8-7 (1) og (2) har det altså ikke betydning om datterselskapet tilhører et norsk eller utenlandsk konsern.

Frie midler, altså midler innenfor selskapets utbytteramme, kan lånes ut eller stilles til disposisjon i konsernkontoordning, også dette uavhengig av hvilket land de andre konsernselskapene tilhører. Forutsetningen er også her at selskapet eller selskapene som mottar lån gjennom ordningen stiller betryggende sikkerhet.

³⁸ Andenæs 2006 s. 475

2.2.6 Unntakene fra forbudet

Låneforbudet i § 8-7 (1) og (2) er omfattende. Konserndefinisjonen i §1-3 er vid i utgangspunktet, fordi det er kravet til bestemmende innflytelse som er avgjørende for om to eller flere selskap skal anses som et konsern, og ikke nødvendigvis eierandel.³⁹ Det at låneforbudet også gjelder nærstående til aksjeeiere i både eget selskap og i de andre konsernselskapene, gjør at det blir ytterligere utvidet.⁴⁰ I tillegg er, som beskrevet over, utenlandske eierselskap og deres datterselskap omfattet.

Et så omfattende forbud mot kreditt og sikkerhetsstillelse kolliderer med behovet for å bruke tilgjengelig kapital ut over eget selskap når selskapet deltar i et konsern. Lovgiverne har tatt konsekvensen av at et så omfattende låneforbud ikke er hensiktsmessig, og det er gitt lovbestemte unntak.

2.2.6.1 Unntaket i § 8-7 (3) nr 1

For det første, gis det i § 8-7 (3) nr 1 unntak fra forbudet for kreditt i forbindelse med forretningsavtaler. I tillegg til at det skal foreligge en forretningsavtale, er vilkåret at tilbakebetalingstiden skal være av vanlig lengde.⁴¹ Forretningsavtale er ikke definert i loven, og det kan ut fra ordlyden være vanskelig å se hva som omfattes av begrepet. For at en avtale skal være en forretningsavtale, sies det at den må høre til under virksomheten. For kreditt gitt i forbindelse med slike avtaler, slår ikke hensynet bak forbudet i § 8-7 (1) og (2) til; det er ikke grunn til å utelukke andre konsernselskap fra å inngå en avtale om forretningsavtaler med selskapet.

³⁹ Det er ikke nok med faktisk innflytelse; den bestemmende innflytelsen må være i kraft av eierposisjon eller avtale, jf asl § 1-3 (2) første punktum jf Andenæs 2006 s. 31-32. Slik også i Danmark, se Werlauff 2010, kap. 15.2.2

⁴⁰ Asl § 1-5 (1), se spesielt nr 5

⁴¹ Asl § 8-7 (3) nr 1

Avtale om likviditetslån anses ikke omfattet av dette unntaket.⁴² Dette betyr at også bruk av konsernkontoordning faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

2.2.6.2 Unntaket i § 8-7 (3) nr 2

Det andre unntaket fra forbudet i § 8-7 (1) og (2), og praktisk veldig viktig, er det som er gitt i § 8-7 (3) nr 2. Når aksjeselskapet er eid av et morselskap i et konsern, gir bestemmelsen tillatelse til at dette datterselskapet kan gi lån til både morselskapet og andre selskap i konsernet. Lånet kan altså gis utover rammen av det som kan gis som utbytte, og uten det kravet til sikkerhet som er hjemlet i første ledd.

Ved avtaler mellom uavhengige parter forutsettes det at forretningsmessige vilkår og prinsipper gjelder. Det kan spørres om dette gjelder for avtaler om lån og sikkerhetsstillelse innad i et konsern, der selskapene på flere måter ikke kan anses som uavhengige. Det at armlengdeprinsippet skal følges er ikke presisert i § 8-7 (3) for konsernintern kreditt og sikkerhetsstillelse, men det følger av den generelle regelen om forretningsmessige vilkår og prinsipper for konserninterne transaksjoner.⁴³ Formkrav og krav til behandlingsmåte skal også være i henhold til aksjelovens generelle regler for slike transaksjoner.⁴⁴

Rentemarginen, altså forskjellen mellom bankenes lånerente og innskuddsrente, kan for det interne kryssfinansieringsomfanget beholdes i konsernet, og dermed øke konsernresultatet.⁴⁵

Regelen i § 8-7 (3) nr 2 begrunnes i forarbeidene med at det i konsernforhold normalt er forretningsmessige hensyn som ligger bak lån og sikkerhet som er gitt innad i konsernet.⁴⁶ Faren for misbruk og tapping av selskapskapital, som jo begrunner selve

⁴² Andenæs 2006 s. 477

⁴³ Asl § 3-9 (1) første punktum.

⁴⁴ Asl § 3-9 (1) annet punktum og asl 3-8 (1)

⁴⁵ Rskl § 3-6

⁴⁶ Ot.prp.nr.19 (1974-1975) s. 192, Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) s.14, Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s.10-11

kreditt- og sikkerhetsstillelsesforbudet, gjør at det igjen er begrensninger i dette unntaket.⁴⁷ Disse begrensningene gjør at dette unntaket fra låneforbudet først og fremst er aktuelt for datterselskap som har norsk morselskap. De nærmere vilkårene for unntaket fra låneforbudet i konsernforhold, begrensningene av unntaket, og påvirkningen reglene har for bruk av konsernkontoordning, vil bli gjennomgått i avsnitt 3. Regelen i § 8-7 (3) nr 2 kalles gjerne konsernunntaket.⁴⁸

2.2.6.3 Unntaket i § 8-7 (4)

Som det tredje unntaket fra forbudet i § 8-7 (1) og (2), er det i § 8-7 (4) gitt en egen bestemmelse om at et datterselskap, sammen med andre konsernselskap, kan delta i en konsernkontoordning. Hensynet til en effektiv bruk av konsernets samlede likvide midler ligger bak regelen.⁴⁹ Samtidig skal det hindres at eierne av konsernet får tilgang til midlene.⁵⁰ Også til denne bestemmelsen er det knyttet vilkår, men disse er først og fremst knyttet til bruken av midlene. Om datterselskapet tilhører et konsern som har norsk eller utenlandsk morselskap, spiller ingen rolle. Dette unntaket fra låneforbudet, som kan kalles konsernkountunntaket, blir tema i avsnitt 4.

2.3 Deltakelse i konsernkontoordning i strid med reglene

2.3.1 Virkningene av at selskapet deltar i konsernkontoordning i strid med vilkårene i § 8-7

⁴⁷ Andenæs 2006 s.478

⁴⁸ Knudsen 2011 s. 103

⁴⁹ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s.10

⁵⁰ 2004/06494 s.1 punkt 2

Selv om det først og fremst er vilkårene for bruk av konsernkontoordning som her er temaet, gis det for oversiktens skyld også en kort gjennomgang av virkningene av brudd på disse.

Dersom midlene i konsernkontoordningen ikke oppfyller lovens krav, er rettsvirkningene ugyldighet og tilbakeføring i henhold til den generelle regelen om ulovlig kreditt og sikkerhetsstillelse i asl § 8-11.⁵¹

Hva betyr det at ugyldighet er resultatet av deltagelse i konsernkonto i strid med reglene?

Ugyldighet betyr at avtalene ikke har rettsvirkning og ikke kan kreves oppfylt; partene skal stilles som om lån eller sikkerhetsstillelse ikke var gitt.⁵² Ugyldighetsvirkningen for selskapet som har stilt midler til disposisjon i konsernkontoordningen er at midlene skal tilbakeføres i henhold til § 8-11 (2). Låneforholdene som er oppstått gjennom konsernkontoordningen må avsluttes. Det vil i første omgang si låneforholdet mellom det aktuelle datterselskapet og morselskapet. Dersom morselskapet igjen har lånt ut midlene til et annet datterselskap, oppstår en dominoeffekt ved at også dette låneforholdet må avsluttes, dersom ikke morselskapet kan skaffe andre midler.⁵³

Avslutning av låneforholdene i konsernkontoordningen er ofte svært dramatisk for de involverte selskapene, særlig for de selskapene som er låntagere på opphørstidspunktet. Dersom ikke lånene i konsernkontoordningen umiddelbart erstattes med annen likviditet, er resultatet gjerne betalingsmislighold og fare for konkurs. Der konsernselskapene er tett knyttet til hverandre med også andre konserninterne transaksjoner av et visst omfang i verdi og/eller størrelse, vil en større dominoeffekt kunne oppstå, og flere konsernselskap kan få alvorlige resultat- og likviditetsproblemer.⁵⁴ Konsernet kan gå overende.

⁵¹ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s.12

⁵² NOU 1996:3 s.152

⁵³ I henhold til asl § 8-11 (2) kan et beløp som tilsvarer midlenes verdi i stedet føres tilbake. Når det er snakk om penger er spørsmålet om hvilke penger som tilbakeføres uproblematisk, med reservasjon for at det i utgangspunktet må være penger i samme valuta som lånebeløpet.

⁵⁴ Asl § 3-9 (1) og (2)

De som godkjente eller foretok de ulovlige konsernkontodisposisjonene på vegne av selskapet har ansvar for tilbakeføring og opphør av ordning.⁵⁵ De ansvarlige kan også bli personlig straffet og avkrevd erstatning.⁵⁶

Faren for straff og erstatning for de ansvarlige enkeltpersonene, og de alvorlige konsekvensene for de involverte selskapene, er bakgrunnen for at det er viktig å avklare grensene for bruk av konsernkontoordning, både når det gjelder bruk av midlene, og at de "riktige" konsernselskapene deltar. Dette må være klart før et selskap går inn i en slik ordning.

Det er et rettskildemessig poeng at, på grunn av konsekvensene av et selskaps deltakelse i en konsernkontoordning i strid med lovens vilkår, bør man være varsom med å gi forbudet i § 8-7 (1) og (2) for vid anvendelse. Forbudet og unntakene fra det skal ivareta forskjellige hensyn som skal balanseres. Av hensyn til aktørene, og da spesielt selskapene som er aktuelle for deltakelse i konsernkontoordning, bør det være krav til reglenes klarhet og forutsigbarhet.⁵⁷

2.3.2 Når inntreffer ugyldighetsvirkningene

Ugyldighet og restitusjon gjennom tilbakeføring av midlene er altså resultatet dersom et selskap gir lån eller deltar i en konsernkontoordning i strid med reglene.⁵⁸ For å unngå virkningene, er det et aktuelt spørsmål for de involverte selskapene om det er mulighet for tiltak etter konstatert ugyldighet, slik at selskapet fortsatt kan delta i konsernkontoordning.

⁵⁵ Asl § 8-11 (2) annet punktum jf § 3-7 (2) første punktum

⁵⁶ Andenæs 2007 s. 273-279. Asl § 17-1 gir både selskapet og morselskapet (som er aksjeeier) mulighet for å kreve erstatning fra blant andre daglig leder og styremedlemmer. Straff kan idømmes etter asl § 19-1. Også straffeansvaret er personlig.

⁵⁷ Eckhoff 2001 s. 63-64, 395

⁵⁸ Asl § 8-10

I forhold til lovlig lån og sikkerhetsstillelse i henhold til § 8-7 (1), er det avklart at vilkårene må være oppfylt når lån gis eller sikkerhet stilles. Ytelsestidspunktet er det sentrale, i motsetning til tidligere rettstilstand, da vilkåret måtte være oppfylt hele tiden.⁵⁹ Det kan spørres om det samme gjelder konsernkontoordning.

Det kan skilles mellom avtale om konsernkontoordningen som sådan og de løpende disposisjonene som foretas i forbindelse med ordningen. I en konsernkontoordning er det en dynamisk kredittsituasjon, der kreditten gis i form av kortvarige lån.

Mulighet for tiltak kan ses i forhold til hvilket vilkår som ikke er oppfylt. Dersom midlene på kontiene er brukt til annet enn konsernets virksomhet, for de selskap der bruk av konsernkontoordning er avhengig av at vilkårene i § 8-7 (4) er oppfylt, blir det spørsmål om virksomhetsbegrepet kan utvides slik at datterselskapets deltakelse i konsernkontoordningen likevel blir lovlig. Dersom virksomhetsbegrepet i konsernet eksempelvis begrenses av vedtektsbestemmelsene i de enkelte selskap, skulle det ikke være noe i veien for å endre vedtektsbestemmelsene.⁶⁰ Reglene for endring av vedtektsbestemmelser må følges.⁶¹ Det må bemerkes at den ugyldige disposisjonen kan ikke bli gyldig, men gjennom et nytt dispositivt utsagn kan selskapet rebekrefte disposisjonen. Selskapets deltagelse i konsernkontoordningen kan da fortsette.

En mer praktisk problemstilling er at midlene i konsernkontoordningen brukes utenfor det som kan anses som konsernets virksomhet, som langvarig lån eller skjult utbytte. I disse tilfellene må midlene tilbakeføres til konsernkontoordningen. Dersom ordningen kalles konsernkontoordning, men i realiteten er en ordning for langvarige lån som ellers ville være avhengig av å falle innenfor konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2, er dette mislighold av avtalen fra mottakerselskapets side. Det er mottakerselskapet som har plikt til tilbakeføring. På samme måte som at vurderingen av lovlighet for lån og sikkerhetsstillelse skal skje på tidspunktet for når lånet gis eller sikkerheten stilles, må datterselskapets innskudd i konsernkontoordningen også vurderes på tidspunktet for når innskuddet gjøres. Dersom vilkårene for konsernkontoordning er oppfylt på dette

⁵⁹ NOU 1996:3 s. 151, NOU 1992:29 s. 174

⁶⁰ Asl § 2-2 (1) nr 3

⁶¹ Asl § 5-18

tidspunktet, kan ikke datterselskapet, og de som handler på vegne av datterselskapet, stilles ansvarlig for morselskapets eller annet mottakerselskaps mislighold som oppstår etter at midlene er stilt til disposisjon.

I de tilfeller der et aksjeselskap deltar i konsernkontoordning sammen med andre selskap som ikke oppfyller konserntilhørighetskravet i henholdsvis § 8-7 (3) eller (4), inntreer ugyldighet senest når selskapets midler stilles til disposisjon for selskapene som ikke oppfyller konserntilhørighetsvilkåret.⁶²

I følge § 8-11 (2) første punktum skal tilbakeføring av midler skje ”straks”. For lån i konsernkontoordning vil det bety straks ugyldighet er oppstått, og i praksis vil det si med en gang det er konstatert ugyldighet. Som vist over er det i enkelte tilfelle mulig å få konsernkontoordningen til å fungere igjen. Det enkelte dispositive utsagn om lån eller sikkerhetsstillelse må da gjøres på ny for å unngå tilbakeføring av midler.

2.3.3 Virkninger for tredjepart

§ 8-11 (1) annet punktum fastslår at dersom det forelå aktsom god tro hos medkontrahenten på tidspunktet for sikkerhetsstillelsen, kan ikke ugyldigheten gjøres gjeldende overfor denne.

Når det gjelder sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordningen, gjøres denne overfor en tredjepart. Dette gjelder både dersom sikkerhetsstillelsen skulle vært stilt til fordel for ett bestemt selskap, eller, slik det vanligvis gjøres, som solidaransvar for hele eller deler av den samlede gjelden konsernet gjennom morselskapet opptar i finansinstitusjonen som administrerer konsernkontoordningen.

⁶² Det kan tenkes at morselskapet oppfyller vilkåret, men at det i tillegg deltar andre selskap som ikke oppfyller konserntilhørighetsvilkåret. I så fall må ordningen kunne bestå, dersom sistnevnte selskap trer ut av ordningen.

Begrunnelsen for at det ved sikkerhetsstillelser ikke er automatisk ugyldighet, slik som ved kreditt, er at ugyldigheten ikke først og fremst rammer personer eller selskap med tilknytning til selskapet som sikkerheten er stillet til fordel for, men tredjepersonen som sikkerheten er stillet overfor.⁶³

Når det gjelder sikkerhetsstillelse overfor bank i forbindelse med konsernkontoordningen, er spørsmålet om kravet til aktsom god tro er oppfylt. Dersom svaret er ja, må det være klart at banken gjennom bestemmelsen er beskyttet. Dette må også gjelde sikkerhet som er stilt for å oppfylle solidaransvaret som selskapet har påtatt seg i forbindelse med kredittordning tilknyttet konsernkontoordningen. Ved en eventuell ugyldighet og avslutning av konsernkontoordning eller avslutning av et selskaps deltakelse i ordningen, vil altså sikkerhetsstillelsen bestå inntil banken enten har fått tilstilt annen sikkerhet eller til kredittordningen er avsluttet. Banken må kunne påberope seg at avtalefestet oppsigelsestid følges.

I og med at det er hovedkontoinnehaver, vanligvis morselskapet, som er bankens medkontrahent, har ikke andre deltagende selskap mulighet til på egen hånd å avslutte sin sikkerhetsstillelse. Dette gjelder selv om selskapet isolert er netto bidragsyter inn i konsernkontoordningen.

2.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil ta for seg aksjelovens regler om konsernkontoordning, og da først og fremst vilkårene i asl § 8-7 tredje ledd nr 2 og i fjerde ledd som gjør at et selskap kan delta i en konsernkontoordning, til tross for forbudet mot kreditt og sikkerhetsstillelse i § 8-7 (1) og (2).

⁶³ Se NOU 1992:29 s.179 om sikkerhetsstillelse

Selskapets frie egenkapital kan som nevnt i utgangspunktet stilles til disposisjon i en konsernkontoordning, uavhengig av om selskapet er norsk eller utenlandsk.⁶⁴ Det er for midler utover dette spørsmål om unntak fra låneforbudet oppstår.

Spørsmålene som tas opp er nærmere bestemt hva en konsernkontoordning er, hvilke selskap og selskapsstrukturer som kan delta i slike ordninger, og de andre vilkårene for slik deltakelse. Aksjelovens generelle regler om beskyttelse av selskapskapitalen, enten de er materielle eller prosessuelle, behandles bare i den grad de kaster lys over de spesielle reglene som gjelder konsernlån og konsernkontoordning.

De tilsvarende reglene for allmennaksjeselskap er likelydende som aksjelovens regler, og behandles ikke separat.⁶⁵ Det kan nevnes at EU-reguleringen er mer omfattende for allmennaksjeselskap, noe som kan ha betydning for tolkningen av reglene.⁶⁶ Dette behandles heller ikke nærmere. Oppgaven begrenser seg ellers til selskapsrettslige problemstillinger, og det avgrenses blant annet mot avtalerettslige, regnskapsrettlige og skatterettslige problemstillinger.

Det er begrenset med høyesterettspraksis rundt de særlige problemstillingene knyttet til vilkårene for bruk av konsernkontoordninger. Temaet er heller ikke behandlet inngående i juridisk litteratur. I forbindelse med behandling av reglene for lån til morselskap eller andre selskap i samme konsern er imidlertid konsernkontoordning i noen grad tematisert.⁶⁷ Det vil i oppgaven bli forsøkt å gi en sammenfatning av vilkårene som gjelder, på bakgrunn av den faktiske rettskildesituasjonen. Foreslåtte endringer i aksjeloven som påvirker konsernkantoreglene, vil også bli beskrevet.

⁶⁴ Dette følger av asl § 8-7 (1)

⁶⁵ Asal § 8-7 jf asl § 8-7

⁶⁶ Andenæs 2006 s. 7

⁶⁷ Se for eksempel debatten i Tidsskrift for forretningsjuss: Perland 2004, Ofstad 2005, Perland 2005

3 Konsernunntaket

3.1 Lovhjemmelen for unntaket fra forbudet mot kreditt og sikkerhetsstillelse for andre selskap i samme konsern

3.1.1 Forholdet til konsernkontoordning

Selv om det er viktige forskjeller mellom likviditetsdeling og lån i forbindelse med konsernkontoordning og andre, gjerne mer langvarige, konsernlån, er det for de to lånetypene nær sammenheng og til dels overlappende regler. For å få et fullstendig bilde av konsernkantoreglene vil derfor først reglene om lån mellom selskap i samme konsern bli behandlet.

Fra det generelle kreditt- og sikkerhetsstillelsesforbudet til fordel for aksjonærer og nærstående i § 8-7 (1) og (2) er det i tredje ledd nr 2 gjort unntak for kreditt til og sikkerhetsstillelse til fordel for andre selskap i samme konsern. Vilklårene i unntaksbestemmelsen må da være oppfylt.

§ 8-7 (3) nr 2:

Forbudet i første og annet ledd gjelder ikke kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern.

Bestemmelsen er i utgangspunktet en videreføring av asl 1976 § 12-10 (3), men har en litt annen utforming.⁶⁸ I asl 1976 var det ingen egen konsernkantobestemmelse, og bruk av slik ordning måtte da være i tråd med konsernunntaket.

⁶⁸ Aarbakke 2004 s.614

3.1.2 Unntaket gjelder kreditt

Hvilke disposisjoner faller under konsernunntaket? For det første gjelder unntaket kreditt eller lån.

Låneforhold, som oppstår ved at likvide midler stilles til disposisjon for andre selskap i konsernet med finansierings- eller likviditetsbehov, dekkes av begrepet kreditt. Det er ikke gjort noe unntak for kortvarige lån, noe som gjør at i tillegg til at konsernunntaket åpner for ordinære lån mellom konsernselskap, gjelder unntaket også når disposisjonene foretas i forbindelse med deltakelse i en konsernkontoordning. Deltakelse i konsernkontoordning blir mulig, til tross for forbudet i § 8-7 (1) og (2).

Utenfor konsernunntaket er det tilfellet at det er eierne bak morselskapet som direkte nyter godt av de likvide midlene i konsernkontoordningen. Det er bare morselskapet og andre selskap i samme konsern som kan benytte likviditeten.

3.1.3 ...og sikkerhetsstillelse

Det er videre i henhold konsernunntaket tillatt med sikkerhet til fordel for morselskapet eller et annet konsernselskap. Etter ordlyden gjelder altså unntaket fra forbudet både kreditt og sikkerhet, begge disposisjonstyper som forbudet i § 8-7 (1) og (2) omfatter. Dette er i motsetning til unntaket i § 8-7 (3) nr 1 om forretningsavtaler, der bare kreditt er nevnt.⁶⁹

Sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning kan være kausjons- eller solidaransvar overfor finansinstitusjonen for morselskapets, eller alle deltakende selskaps oppfyllelse av pliktene i henhold til avtalen med finansinstitusjonen. Et slikt ansvar kan enten være ubegrenset, eller det kan være begrenset til et gitt beløp.⁷⁰ Et

⁶⁹ Til tross for ordlyden i § 8-7 (3) nr 1 der bare kreditt er nevnt, kan også sikkerhetsstillelse være inkludert. Se Andenæs 2006 s. 477

⁷⁰ DnB NORs "Form of participation agreement – General terms and conditions for sub accounts"

selskap kan også stille pantesikkerhet overfor finansinstitusjonen for lån opptatt gjennom kassakredittordning tilknyttet konsernkontoordningen. En slik pantesikkerhet vil som regel være til dekning for hele, eller deler av konsernets samlede trekk, og er da stilt til fordel også for annet eller andre konsernselskap. Disse forskjellige formene for sikkerhetsstillelse er gjennom konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2 tillatt, og hindres ikke av forbudet i (1) og (2).

Kreditt eller sikkerhetsstillelse gitt til fordel for et annet konsernselskap likestilles gjennom bestemmelsen med kreditt og sikkerhetsstillelse gitt til mottaker som faller helt utenfor § 8-7, altså uavhengig tredjepart. Når det samme gjelder i forhold til forretningsmessige låneavtaler med normal løpetid til aksjonærer og deres nærstående, blir det for selskapet som kan gi kreditt eller stille sikkerhet, et nøytralt valg av kredittmottaker eller fordelshaver av sikkerhetsstillelse.⁷¹ Nøytralt betyr i denne sammenhengen nøytralt etter aksjelovgivningen.⁷² I et konsern vil det gjerne være andre forhold som avgjør valget, og da er de ulike konsernselskaperes finansierings- og likviditetsbehov sentralt.

§ 8-7 (3) nr 2 gir selskapene i et konsern mulighet til interne avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse, slik at konsernet som helhet kan minimere behovet for ekstern finansiering. Som vist ovenfor gjelder dette også kreditt og sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning.⁷³

⁷¹ Asl § 8-7 (3) nr 1

⁷² Det samme gjelder i skatteretten, ref. Zimmer 2010 s. 432-433

⁷³ Se også Aarbakke 2004 s. 621

3.2 Konsern med norsk morselskap

3.2.1 Kreditt til morselskapet

Et aksjeselskap kan inngå i forskjellige typer selskapsstrukturer sammen med andre norske og/eller utenlandske selskap. Det er derfor viktig for selskapet å avklare om konsernunntaket kommer til anvendelse, og, dersom det er en selskapsstruktur med flere enn to selskap, hvilke selskap innen selskapsstrukturen ”giverselskapet” kan gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for, og fremdeles være under unntaket.

Unntaket fra forbudet i § 8-7 (1) og (2) gjelder i henhold til § 8-7 (3) nr 2 når et selskap yter kreditt eller stiller sikkerhet til fordel for ”morselskap eller annet selskap i samme konsern.” For å vurdere om vilkårene for konsernunntaket er oppfylt, må det klargjøres hva et konsern er og hva et morselskap er.

Begrepet ”konsern” er brukt på samme måte i forbindelse med unntaket i § 8-7 (3) nr 2 som i forbudet, og konsernbegrepet må være det samme i disse bestemmelsene for at det skal være sammenheng i reglene.

Ordlyden i § 8-7 (3) nr 2 taler for at den alminnelige konserndefinisjonen skal gjelde. Dette støttes av forarbeidene.⁷⁴ På aksjelovgivningens område finnes konserndefinisjonen i asl § 1-3. Det følger av bestemmelsen at morselskapet eller konsernspissen må være et norsk aksjeselskap.⁷⁵ Bestemmende innflytelse over datterselskapet er videre avgjørende for om mor- og datterselskap utgjør et konsern.⁷⁶ Et morselskap kan ha flere datterselskap, som igjen kan ha datterselskap.⁷⁷

⁷⁴ NOU 1992:29 s. 174

⁷⁵ I følge asl § 1-3 (2) er et morselskap et aksjeselskap, og aksjeselskap er etter loven norsk selskap, jf asl § 1-1 (1)

⁷⁶ Asl § 1-3 (1) jf (2). Konsernbidragsreglene i skatteloven opererer med et strammere konsernbegrep, der det i tillegg til aksjelovens regler kreves mer enn 90% eierandel og tilsvarende andel av mulige generalforsamlingsstemmer, jf sktl § 10-4

⁷⁷ Asl § 1-3 (1) annet alternativ jf (4) første punktum

Aksjeloven gjelder for aksjeselskap.⁷⁸ Når det for et aksjeselskap er slått fast at det inngår i et konsern sammen med morselskapet, gjelder konsernunntaket. Selskapet kan da yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for morselskapet.

Selskapsstrukturer med for eksempel kommandittselskap eller ansvarlig selskap på toppen av strukturen er derimot ikke konsern etter aksjeloven, og et aksjeselskap som er kontrollert i en slik struktur kan ikke benytte konsernunntaket for å yte kreditt eller stille sikkerhet.⁷⁹

3.2.2 Når morselskapet er allmennaksjeselskap

Det ultimate morselskapet, konsernspissen, kan være et allmennaksjeselskap. For et datterselskap (aksjeselskap) er det et spørsmål om det faktum at konsernspissen er et allmennaksjeselskap har noen betydning for aksjeselskapets mulighet til å yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for dette. Et allmennaksjeselskap faller i utgangspunktet utenfor morselskapsbegrepet i konserndefinisjonen i § 1-3. I § 1-4 (1) utvides imidlertid konserndefinisjonen sett i relasjon til § 8-7 til også å omfatte konsern der morselskapet er allmennaksjeselskap. I asal § 1-4 (1) er det gitt tilsvarende bestemmelse.

Dette betyr at det etter begge aksjelovene er uten betydning om det er et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som er konsernspiss. En selskapsstruktur anses uansett for å være et konsern i relasjon til mulighet for konsernintern kreditt og sikkerhetsstillelse. Sett på bakgrunn av hensynet både til beskyttelse av datterselskapets kapital og forretningsmessige hensyn er denne utvidelsen av konsernbegrepet, og dermed muligheten for kreditt og sikkerhetsstillelse, logisk. For allmennaksjeselskap er det gjennomgående noe strengere krav, både til størrelse på aksjekapitalen og reglene for beskyttelse av kapitalen. Dette gjør at datterselskapets interesser skulle være enda bedre ivaretatt når morselskapet er allmennaksjeselskap, sammenlignet med når det er aksjeselskap.

⁷⁸ Asl § 1-1 (1)

⁷⁹ Andenæs 2006 s. 31

3.2.3 Kreditt til andre selskap enn morselskapet

Et aksjeselskap kan i henhold til § 8-7 (3) nr 2 også gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for ”annet selskap i samme konsern”. Det kan spørres om hvilke krav som stilles til slikt annet selskap.

Første vilkår er at det skal være et selskap. Ut fra ordlyden omfatter selskapsbenevnelsen både aksjeselskap og andre selskapstyper.⁸⁰ Enkeltpersoner må være utelukket.⁸¹

Annet vilkår er at selskapet som skal motta kreditt, eller bli stilt sikkerhet til fordel for, må tilhøre samme konsern, det vil si samme konsern som det aktuelle datterselskapet. Et annet av morselskapets datterselskap oppfyller ut fra konserndefinisjonen vilkåret.⁸² Så lenge morselskapet er et norsk aksjeselskap, begrenser ikke konserndefinisjonen i § 1-3 verken selskapsform eller nasjonalitet for mottakerselskapet.⁸³ Det norske datterselskapet kan altså gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for sitt søsterselskap som er eksempelvis et utenlandsk selskap med begrenset ansvar. Dette er i tråd med hensynet bak regelen, der forretningsmessige hensyn vektlegges. Det utenlandske selskapet blir i denne sammenheng da å anse som del av konsernet, selv om det i utgangspunktet ikke oppfyller konsernvilkårene.

Klart utenfor konserndefinisjonen er et selskap som er kontrollert direkte av eierne bak morselskapet.

Så lenge det ultimate morselskapet, konsernspissen, er norsk aksje- eller allmennaksjeselskap, kan altså kreditt gis eller sikkerhet stilles til fordel for dette, og til andre selskap i konsernet, uavhengig av nasjonalitet og type selskap. Dette kan illustreres ved hjelp av figur 4, der norske AS Datter 1 med norsk Mor, som også er AS,

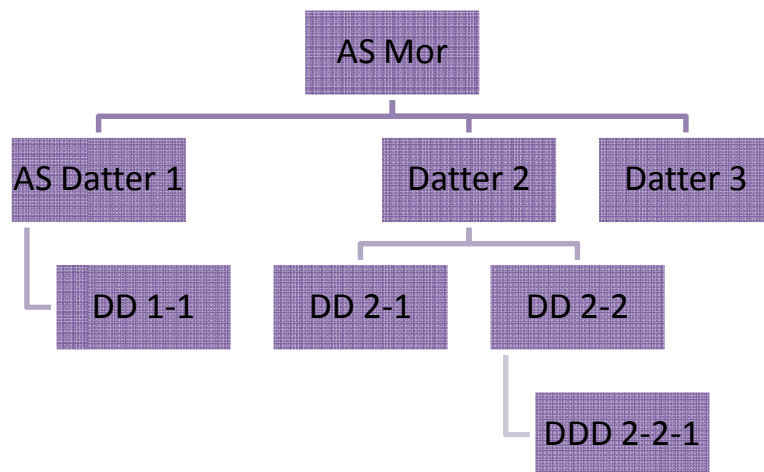
⁸⁰ Asl § 1-1 (2), Sel § 1-2 (1) (a) jf § 1-1 (1), Andenæs 2006 s. 29

⁸¹ Mens et selskap etter selskapsloven må ha minst to deltakere, kan et aksjeselskap ha bare en aksjeeier, jf sel § 1-2 (1) (a) jf sel § 1-1 (1), asl § 2-1 (1) første punktum jf asl § 3-1 (2) første punktum

⁸² Alternativt selskap lenger ned i konsernhierarkiet, jf asl § 1-3 (4) første punktum

⁸³ Asl § 8-7 (3) nr 2 annet alternativ, § 1-3 (2)

kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for eksempelvis utenlandsk Datter 3 eller utenlandsk selskap DD 2-1, datterdatter til det norske morselskapet.



Figur 4 Eksempel på konsernstruktur

3.2.4 Morselskapets lån til utenlandsk datterselskap

Så langt er det et datterselskaps kreditt eller sikkerhetsstillelse som har vært tema. Når det gjelder det norske morselskapets mulighet til å yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for sitt utenlandske datterselskap, er spørsmålet om det kommer under konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2.

Først kan det spørres om tilfellet omfattes av låneforbudet. Forbudet gjelder for det første aksjeeiere. Et datterselskap kan eie begrenset med aksjer i sitt morselskap.⁸⁴ Datterselskapet vil da være aksjeeier, noe som ut fra ordlyden taler for at tilfellet omfattes. Annerledes er det i normaltilfellene der datterselskapet ikke eier aksjer i morselskapet. Forbudet gjelder også aksjeeierens nærstående, og for dette tilfellet er det

⁸⁴ Asl § 9-8 jf § 9-2

ikke rett frem å si om morselskapets kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for sitt utenlandske datterselskap faller inn under det eller ei.⁸⁵

Konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2 gjelder blant annet kreditt til eller det å stille sikkerhet til fordel for annet selskap i samme konsern. Her er det morselskapet som yter kreditt eller stiller sikkerhet. Etter ordlyden er et datterselskap klart innenfor ordlyden om å være i samme konsern som morselskapet. Det må også gjelde om datterselskapet er utenlandsk. En disposisjon som nevnt fra morselskapet til datterselskapet vil normalt være begrunnet i forretningsmessige hensyn, og derfor i tråd med begrunnelsen bak regelen. Det er også logisk at når et datterselskap kan foreta en slik disposisjon, bør også morselskapet kunne foreta tilsvarende.

I eksempelet over kan norsk AS Mor innenfor rammene av aksjelovgivningens generelle regler, fritt gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for utenlandsk Datter 3. I tilfellet med norsk morselskap og utenlandsk datterselskap, er det klart at unntaksregelen gjelder, selv om det kan være uklart om den er nødvendig for at det skal være tillatt med kreditt og lån fra morselskapet til det utenlandske datterselskapet.

Når det gjelder konsern med norsk aksjeselskap som konsernspiss, kan det konkluderes med at det er uproblematisk for både det norske morselskapet selv og tilhørende norske konsernselskap (datterselskap) å gi kreditt eller stille sikkerhet til også utenlandske datterselskap/søsterselskap. Det er heller ikke her noe unntak for kreditt eller sikkerhetsstillelse som oppstår i konsernkontoordning, slik at selskapene i konsern med norsk konsernspiss kan delta i slik ordning.

3.3 Konsern med utenlandsk morselskap

Mange norske aksjeselskap er del av internasjonale konsern, der konsernspissen er et utenlandsk selskap. Et norsk datterselskap kan for så vidt ha et norsk morselskap, men

⁸⁵ Perland 2004 s. 38, Andenæs 2006 s. 34-35

ha et utenlandsk mormorselskap som er konsernspiss. I så fall er det, basert på ovenstående, uproblematisk for datterselskapet å gi lån eller stille sikkerhet til fordel for selskap som inngår i konsernstrukturen under det norske aksjeselskapet, som er morselskap for en del av konsernet. Spørsmålet er om et norsk datterselskap kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel også for sitt morselskap dersom det er utenlandsk, eller til sitt utenlandske mormorselskap, og de andre konsernselskapene utenfor den norske delen av konsernet.

For en selskapsstruktur der et norsk datterselskap har utenlandsk mor, omfattes datterselskapet av hovedregelen om forbud mot kreditt og sikkerhetsstillelse i § 8-7 (1) og (2), og kan ikke gi lån til ”mor” eller ”søster”. En slik selskapskonstellasjon er i utgangspunktet utenfor konserndefinisjonen i aksjeloven, slik at konsernunntaket i tredje ledd ikke gjelder.⁸⁶

3.3.1 Utvidelse av konserndefinisjonen gjennom § 1-4 (2) annet punktum

Konserndefinisjonen i § 1-3 utelukker i utgangspunktet et norsk aksjeselskap med utenlandsk morselskap fra å benytte seg av konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2. Det er imidlertid gjort en utvidelse av anvendelsesområdet for regelen i § 8-7 (3) nr 2 gjennom kryssreferansen i § 1-4 (2) annet punktum.

§ 1-4 (2) annet punktum:

Unntaket i § 8-7 tredje ledd nr. 2 gjelder også kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap som hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen, og som er undergitt lovgivning som tilsvarer eller er strengere enn reglene i §§ 8-7 til 8-9, og til fordel for datterselskap av et slikt morselskap hvis datterselskapet er undergitt slik lovgivning og hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen.

Hvilke disposisjoner får utvidelsen av konsernunntaket anvendelse på? Det vises til unntaket i § 8-7 (3) nr 2. Både kreditt og sikkerhetsstillelse er med i ordlyden i § 1-4 (2) annet punktum. Det betyr at begge disposisjonstypene er lovlige fra et aksjeselskap, og

⁸⁶ Asl § 1-3

til selskapene som omfattes av bestemmelsen. Inkludert også her må være kreditt og sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning.

Spørsmålet blir hva som skal til for at et selskaps morselskap skal omfattes av bestemmelsen.

Det kan spørres om det er krav til at det utenlandske morselskapet skal anses som slikt etter norske regler, eller om det i stedet, eller i tillegg, må være å anse som morselskap etter lovgivningen det er underlagt, normalt hjemstatens lovgivning. Dette spørsmålet må ses på i sammenheng med vilkåret om like streng lovgivning som de norske reglene referert til i § 1-4 (2) annet punktum.

Et viktig vurderingstema må være at det ikke skal være enklere for eiere bak et utenlandsk morselskap å tappe det norske datterselskapet gjennom lån og sikkerhetsstillelse, enn det ville være for eierne bak et norsk morselskap. Dette taler for at konsernunntaket ikke skal utvides gjennom en videre morselskapsdefinisjon enn den norske. Det vil undergrave forbudet i § 8-7 (1) og (2).

På den annen side er unntaket gitt for å ivareta forretningsmessige hensyn, og det er ingen grunn til ytterligere innsnevring enn det som følger av vilkårene om EØS-tilhørighet for morselskapet og lovgivning om i hovedsak kreditt til aksjeeiere og andre med nær tilknytning til selskapet. Konklusjonen må være at det er de norske reglene om bestemmende innflytelse over datterselskapet som avgjør om morselskapet skal anses nettopp som det.

3.3.2 Vilkåret om at morselskapet må høre hjemme i en EØS-stat

Første vilkår for at et konsern med utenlandsk morselskap skal omfattes av konsernunntaket, er at morselskapet ”hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen”.

De statene som har ratifisert EØS-avtalen anses som parter i den.⁸⁷ Forutsetningen er at ikke avtaleforholdet har opphørt. Dersom det er tvil om hvor morselskapet er hjemmehørende bestemmes det i denne sammenheng etter norske regler.⁸⁸

Vilkåret utelukker at norske datterselskap, der morselskapet er hjemmehørende i en del stater der Norge har betydelig import fra og eksport til, som Kina, USA, Canada, Japan, Brasil og Singapore, kan nyttiggjøre seg konsernunntaket.⁸⁹

Unntaket om kreditt og sikkerhetsstillelse i konsernet var, som nevnt i innledningen, begrunnet med at forretningsmessige hensyn ligger bak slike disposisjoner. Noen grunn til å anta at konserninterne lån i konsern med utenlandsk morselskap, og da særlig som er hjemmehørende utenfor EØS-området, ikke er forretningsmessig begrunnet er det neppe.⁹⁰ Det kan derfor spørres om hvorfor det er tatt inn et vilkår som knytter seg til EØS-området.

Asl 1976 hadde opprinnelig en konsernbestemmelse som kun innbefattet norsk morselskap.⁹¹ Konsernunntaket i asl 1976 § 12-10 (3) kom ikke i noe tilfelle til anvendelse på utenlandske mor- og søsterselskap.⁹² Utviklingen med flere selskap som deltok i selskapsstrukturer på tvers av landegrensene medførte behov for at det også skulle være tillatt med lån til morselskap utenfor Norge.⁹³

Konsernbestemmelsen, og dermed konsernunntaket, ble senere utvidet til å omfatte nordiske mor- og søsterselskap, og denne utvidelsen ble blant annet begrunnet i muligheten til å drive inn tilbakebetalingskravet også i de andre nordiske landene der tilbakesøkningsretten ble ansett som god.⁹⁴ Begrensningen av konsernunntaket i

⁸⁷ EØS-avtalen art.129 nr 1 første ledd jf opplistingen av avtalepartene i innledningen av avtalen, jf art. 127 om avtalepartenes mulighet for å trekke seg fra avtalen og art 128. om hvilke stater som kan søke om å bli avtalepart.

⁸⁸ Andenæs 2006 s. 711-713

⁸⁹ SSB *Samhandelen med land og landområder. Januar-juli 2010 og 2011 Foreløpige tall*, PwC 2011 s. 8

⁹⁰ Perland 2004 s. 39, Ot.prp.nr.4 (1995-1996) s. 14

⁹¹ Asl 1976 § 1-2 (3) jf (4)

⁹² Gravir 2001 s. 145-146.

⁹³ Særlig norsk og henholdsvis dansk og svensk rett har også på kapitalbeskyttelsesområdet mange likhetstrekk. Om danske regler, se Gomard 1999 s. 1 flg.

⁹⁴ Gravir 2001 s. 146

utenlandske konsern ble begrunnet i hensynet til å unngå tapping av selskapskapitalen og omgåelse av låneforbudet.⁹⁵

I følge EFTAs overvåkingsorgan ESA var imidlertid det å bare la konsernunntaket gjelde nordiske mor- og søsterselskap diskriminerende, og i strid med EØS-avtalen.⁹⁶ Etter uttalelsen fra ESA ble bestemmelsen endret til å omfatte slike selskap som er hjemmehørende i en EØS-stat.⁹⁷ Dette er den direkte foranledningen til utformingen av regelen de lege lata, så langt det gjelder landtilhørighetskravet for selskapet som skal motta kreditt eller være gjenstand for sikkerhetsstillelse.

Da regelen i § 1-4 (2) annet punktum, etter uttalelsen fra EFTAs overvåkingsorgan, ble endret til at konsernunntaket skulle gjelde i EØS-området i stedet for de nordiske land, var begrunnelsen for utformingen at regelen etter endringen ikke ville diskriminere på grunn av nasjonalitet.⁹⁸

3.3.3 Lovgivningsvilkåret

Da konsernbestemmelsen ble endret for å gi konsernunntaket anvendelse i EØS-området i stedet for bare i de nordiske land, ble det lagt inn et tilleggsvilkår om lovgivningen mottakerselskapet må være underlagt. Hensynene bak selve låneforbudet ble tillagt så mye vekt at de ble avgjørende for at det som kunne fremstå som en utvidelse av unntaket, likevel ble begrenset.

I tillegg til vilkåret om at morselskapet må høre hjemme i en EØS-stat, er det i § 1-4 (2) annet punktum fastsatt at morselskapet, som skal motta kreditt eller bli stilt sikkerhet til fordel for, må være underlagt regler som "tilsvarer eller er strengere" enn de norske reglene om kreditt og sikkerhetsstillelse til aksjeeier og nærstående i §§ 8-7 til 8-9. Ved å kreve like streng lovregulering som i disse norske reglene, ville man hindre at eierne

⁹⁵ Knudsen 2011 s.103 jf Ot.prp. 65 (1998-1999) s. 28-29

⁹⁶ Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s. 28

⁹⁷ Gravir 2001 s. 146

⁹⁸ Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s. 29

bak konsernet ved å opprette utenlandsk morselskap skulle ta opp lån i det norske datterselskapet som ville være ulovlig etter de norske reglene.⁹⁹ Regelen skulle ivareta de hensyn som også den forrige utformingen var ment å ivareta, blant annet hensynet til vern av selskapskreditorene mot tapping av selskapets midler.

Hva betyr det at reglene mottakerselskapet må være underlagt skal tilsvare eller være strengere enn de norske?

Nøyaktig lik utforming som de norske reglene finnes ikke andre steder. Det ville uansett være en språklig forskjell. EU og EØS har heller ikke harmonisert lovgivningen på dette området.¹⁰⁰ Språklige og lovgivningstekniske forskjeller, samt forskjellig rettskildebilde gjør derfor en komparativ analyse mot de norske reglene vanskelig.¹⁰¹ Hensynet bak lånebegrensningsreglene tilsier at det er det reelle innholdet i reglene som må sammenlignes.¹⁰²

Bestemmelsen har ordlyden ”tilsvarer eller er strengere”. Ut fra en naturlig forståelse vil det si at reglene i EØS-staten må være minst like strenge som reglene i §§ 8-7 til 8-9. Ordlyden tilsier videre at alle tre paragrafene må ha sitt motstykke i den aktuelle lovgivningen fullt ut. Det kan spørres om dette er i tråd med hensynet bak bestemmelsen.¹⁰³ Dersom lovgivningen i morselskapslandet for eksempel har en noe mer begrenset krets av nærstående til medlem av bedriftsforsamlingen, eller mangler regulering for akkurat dette, virker det urimelig at dette skal ødelegge muligheten for et norsk datterselskap til å gi lån til sitt utenlandske morselskap. Annerledes er det dersom morselskapslandet helt mangler regulering for lån til aksjeeiere; da er man i kjernen av den norske reguleringen, og vilkåret kan ikke anses oppfylt.¹⁰⁴

⁹⁹ Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s. 29

¹⁰⁰ Perland 2004 s. 40. Heller ikke konsernbegrepet er harmonisert i EU/EØS, se Werlauff 2010 kap.15.2.1

¹⁰¹ Perland 2004 s. 40, Olf 2011 s. 3, Gravir 2004 s. 148-159

¹⁰² 2001/2870 s.3. Lovavdelingen vektlegger hensynet til blant annet lånebegrensningsreglene i § 8-7 som rettesnor for tolkningen av asl § 1-4 (2) annet punktum.

¹⁰³ Hensikten med lovendringen, som endret det geografiske området fra Norden til EØS-området, var først og fremst EØS-tilpasning, og ikke for å innsnevre anvendelsesområdet for konsernunntaket. Se Sandvik 2010 s. 16

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s. 31, 2001/2870 s. 3

Kanskje er det, til tross for ordlyden, tilstrekkelig at hovedinnholdet i de norske reglene er ivaretatt i den aktuelle utenlandske lovgivningen? Spørsmålet er ikke avklart. Hensynet til kapitalbeskyttelse på den ene siden, og hensynet til et aksjeselskaps adgang til å delta og få fordeler av konsernordninger på den andre siden, står her mot hverandre.¹⁰⁵

Virkningene av at et selskap tar feil med hensyn til morselskapslandets regler, slik at resultatet blir ugyldighet og tilbakeføring, og fare for straff, tilsier som nevnt i innledningen varsomhet med for streng fortolkning. Dette taler også mot et for strengt krav til at innholdet i alle bestemmelsene skal være ivaretatt fullt ut i lovgivningen morselskapet er underlagt.

3.3.4 Konsekvensene av lovgivningsvilkåret

Den utenlandske morselskapsstatens selskapsstatuttsregler om utlån og sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeiere og andre spesifiserte er altså avgjørende for om det norske datterselskapet kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for morselskapet.

Hvilke stater kan så et morselskap være hjemmehørende i for at vilkåret skal være oppfylt?

Det er få stater som regnes som å ha like streng lovgivning som Norge når det gjelder kreditt og sikkerhetsstillelse til aksjeeiere, deres nærstående og andre slik det er spesifisert i §§ 8-7 til 8-9.¹⁰⁶ For mange staters lovgivning er det klart at den er mer liberal enn den norske på dette området, slik at morselskap hjemmehørende i disse land faller ut, selv om det hører hjemme i en EØS-stat.¹⁰⁷ Den britiske Companies Act har

¹⁰⁵ Perland 2004 s. 40-41, Sandvik 2010 s. 17

¹⁰⁶ Gravir 2001 s. 146, Olf 2011 s. 3-6

¹⁰⁷ Gravir 2001 s. 146, Olf 2011 s. 3-6

for eksempel ikke tilsvarende regler som de norske.¹⁰⁸ Frankrike er nevnt som den eneste staten utenom de nordiske som har minst like strenge regler på dette området.¹⁰⁹ Etter at Sverige og Danmark gjennom lovreformer har myket opp kravene, er det tvilsomt om disse landene kan sies å ha like strenge regler som de norske.¹¹⁰

Det er stilt spørsmål om regelen om begrensning av konsernunntaket er i tråd med EØS-retten.¹¹¹ Det skal ikke diskrimineres på grunnlag av nasjonalitet.¹¹² Grunnen til spørsmålet er at, selv om regelen formelt sett er ikke-diskriminerende, og for så vidt ble akseptert av EFTAs overvåkingsorgan, er kravet kun oppfylt for et fåtall stater.¹¹³

3.3.5 Kreditt eller sikkerhetsstillelse til fordel for det utenlandske morselskapets datterselskap

§ 1-4 (2) annet punktum, annet alternativ sier videre at dersom det er morselskapets datterselskap, altså det norske aksjeselskapets søsterselskap, som skal motta kreditt eller bli stilt sikkerhet til fordel for, gjelder tilsvarende regler for datterselskapet. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende med hensyn til søsterselskapet som til morselskapet, slik at denne delen av bestemmelsen er en naturlig konsekvens av regelen for morselskapet.

Et spørsmål er om det kan ses isolert på søsterselskapet som skal motta kreditt eller sikkerhetsstillelse fra det norske datterselskapet, altså om det er nok at det søsterselskapet som mottar kreditt eller sikkerhet er underlagt vilkårene om EØS-tilhørighet og lovgivning, eller om også morselskapet må oppfylle vilkåret.

¹⁰⁸ Companies Act 2006

¹⁰⁹ Gravir 2001 s. 151 jf s.149

¹¹⁰ Knudsen 2011 s. 102, Neville 2009 kap. 12 punkt 5, Olf 2011 s. 3-6. Se også Sandvik 2010 s. 16-17 der det argumenteres for at mor- og søsterselskap i Danmark og Sverige oppfyller vilkårene.

¹¹¹ Sundby 2005 s. 387-388

¹¹² EØS-avtalen art. 4

¹¹³ Gravir 2001 s. 147, 151

Ordlyden i bestemmelsen "...datterselskap av et **slikt** morselskap..." (min uthev.) taler for at også morselskapet selv må oppfylle vilkårene. Dette betyr at, selv om søsterselskapet til det norske datterselskapet er hjemmehørende i en EØS-stat og underlagt like strenge regler som de norske reglene i §§ 8-7 til 8-9, kan ikke det norske selskapet yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for søsterselskapet, dersom det samme ikke gjelder morselskapet. Et eksempel som kanskje er lite praktisk, men som illustrerer hvordan forbudet slår ut, er der et britisk morselskap har to norske datterselskap. Lån og sikkerhet mellom disse norske søsterselskapene vil da være forbudt. Dette kan synes strengt.

Argumenter for den motsatte løsning, er for det første at mulighetene for gjeldsinndrivelse ved konkurs i det norske mottakerselskapet skulle være like god, uavhengig av om morselskapet er norsk eller britisk.¹¹⁴ I tillegg vil det norske mottakerselskapet være underlagt like strenge regler som datterselskapet, som yter kreditt eller stiller sikkerhet, noe som kanskje ikke gjør faren for tapping av verdier til det utenlandske morselskapet større enn om midlene blir hos datterselskapet. Det er likevel førstnevnte løsning, altså at også morselskapet må oppfylle vilkårene, som er dagens rettstilstand.

Ved flere datterselskap hjemmehørende i samme stat, forsvinner i praksis ofte problemstillingen, ved at det opprettes et holdingselskap som blir mor- eller mormorselskap for selskapene.

3.3.6 Praktisk problem å avgjøre om vilkårene er oppfylt

For et norsk selskap med utenlandsk morselskap er det som regel uproblematisk å fastslå om staten morselskapet hører hjemme i er part i EØS-avtalen, og dermed om morselskapet oppfyller dette første vilkåret. I forbindelse med en stats inngåelse og

¹¹⁴ 2001/2870 s. 3. Det understrekes av lovavdelingen at det er de selskapsrettslige reglene som er avgjørende, og ikke mulighetene for inndrivning av lån. Uttalelse gjelder lån til utenlandske selskap.

eventuell avslutning av avtaleforholdet, kan det oppstå skjæringsspørsmål, men problemstillingen er ikke veldig praktisk.

Det er tilleggsvilkåret om kravene til lovgivningen i den aktuelle EØS-staten som kan være utfordrende å fastslå om er oppfylt. Noen liste eller uttalelse fra departementet over hvilke lands lovgivning som oppfyller kravene finnes ikke. Det betyr at hvert enkelt selskap som ønsker å benytte seg av muligheten til konserninterne lån må sjekke om vilkåret er oppfylt for sitt morselskap.

Selv om det kan tenkes at morselskap hjemmehørende i flere EØS-stater kan være omfattet av konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2, er det forbundet med en risiko for det norske datterselskapet, og for så vidt det aktuelle konsernet, å stole på at vilkårene er oppfylt.¹¹⁵ Ved tvil blant de beslutningsansvarlige om disposisjonen rammes av forbudet i § 8-7 (1) og (2), tas det på grunn av konsekvensen ikke sjansen på å yte lån eller stille slik sikkerhet til fordel for det utenlandske morselskapet.¹¹⁶

Resultatet av begrensningene er at det er mange norske selskap som inngår i internasjonale konsern som faktisk ikke gjør bruk av konsernunntaket for kreditt og sikkerhetsstillelse, enten fordi tilfellene ikke omfattes av bestemmelsene, eller fordi det er usikkerhet rundt spørsmålet.

Begrensningen av konsernunntaket påvirker i utgangspunktet også kreditt og sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning, der norske aksjeselskap deltar i konsern med utenlandsk morselskap eller konsernspiss. Deltagelse i konsernkontoordning, sammen med utenlandsk morselskap og utenlandsk søsterselskap som ikke oppfyller vilkårene i § 1-4 (2) annet punktum, skulle da være utelukket.

¹¹⁵ 2001/2870 s. 2. Lovavdelingen fremholder selskapenes mulighet til å la være å benytte seg av rettigheter selskapene ikke anser som sikre.

¹¹⁶ Knudsen 2011 s. 103, punkt 5.5.12.2, 3. avsnitt

4 Konsernkontoounntaket

4.1 Lovhjemmelen for unntak fra låneforbudet for konsernkontoordning

4.1.1 Bestemmelsen i § 8-7 (4)

Konsernunntaket som er behandlet ovenfor gir mulighet for et norsk datterselskap til å gi lån eller stille sikkerhet for sitt morselskap, eller annet selskap i konsernet.

Avgjørende er at morselskapet er norsk, eller hjemmehørende i en EØS-stat og underlagt like strenge regler som de norske reglene i §§ 8-7 til 8-9. Det samme gjelder eventuelt annet selskap i konsernet som nyter godt av slikt lån eller sikkerhetsstillelse. Siden en konsernkontoordning normalt innebærer lån og/eller sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap eller annet selskap i konsernet, må i utgangspunktet også en konsernkontoordning underlegges konsernunntaksregelen, med de begrensningene som ligger der. På grunn av forbudet i § 8-7 (1) og (2), hjemler konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2, i tillegg til ordinære lån og sikkerhetsstillelse mellom konsernselskapene, også muligheten for at et norsk aksjeselskap kan delta i konsernkontoordning.¹¹⁷

For datterselskap med morselskap som ikke falt inn under det utvidede konsernbegrepet i § 1-4 (2) annet punktum, og dermed ikke inn under konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2, var det før § 8-7 (4) ble vedtatt i beste fall uklart om det norske datterselskapet kunne delta i konsernkontoordning sammen med sitt utenlandske morselskap.¹¹⁸

I 2003 ble aksjeloven endret med et nytt fjerde ledd til § 8-7, som regulerer et selskaps mulighet til deltagelse i konsernkontoordninger.

§ 8-7 (4):

Forbudet i første og annet ledd er ikke til hinder for at et datterselskap deltar i en konsernkontoordning sammen med andre selskaper i konsernet (jf. § 1-4 annet ledd første punktum), dersom midlene på

¹¹⁷ Aarbakke 2004 s. 621

¹¹⁸ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 10

kontiene bare brukes i konsernets virksomhet. Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses som en konsernkontoordning.

Det ble samtidig gjort endring i § 1-4 (2) første punktum, slik at bestemmelsen i § 8-7 (4) ble gitt anvendelse også for datterselskap med utenlandsk morselskap.¹¹⁹

4.1.2 Hensynet bak konsernkountounntaket

Med økende internasjonalisering av næringslivet, og dertil hørende selskapsstrukturer på tvers av landegrenser, var det en uønsket begrensning for norske aksjeselskap at de ikke kunne delta i konsernkontoordninger sammen med sitt utenlandske morselskap og utenlandske søsterselskap. Et sterkt konsern er positivt også for datterselskapene, slik at ordninger som er gode for konsernet som helhet presumeres å være gode også for (det norske) datterselskapet.

Hensynet til ”en fornuftig og forretningsmessig bruk av konsernets samlede kapital” ble fremhevet i forarbeidene i forbindelse med forslaget til bestemmelsen i § 8-7 (4). Faren for at eierne bak utenlandsk konsernselskap lettere skulle få ut midler ble diskutert. Plikten for datterselskapet til å påse at konsernkontoordningen er i henhold til norsk lov, ble brukt som begrunnelse for at bestemmelsen ikke ble begrenset med hensyn til hvilke stater mor- og søsterselskap kan være hjemmehørende i.¹²⁰

I forarbeidene til endringsloven vises det videre til at bestemmelsen ikke har praktisk betydning der morselskapet er et norsk aksjeselskap.¹²¹ Dette understreker at hensikten med konsernkountounntaket var å gi også norske selskap som er del av internasjonale konsern der morselskapet ikke er norsk, mulighet til å delta i konsernkontoordning som inkluderer forutsetningen om låneordning mellom konsernselskapene.¹²² Det er klart at meningen var en utvidelse av unntaksbestemmelsene fra låne- og

¹¹⁹ Endringslov av 25. april 2003 nr 25, Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 26

¹²⁰ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 12

¹²¹ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 26

¹²² Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 10

sikkerhetsstillelsesforbudet i § 8-7 (1) og (2). Bestemmelsen i § 8-7 (4) kom inn i loven for å imøtekomme selskapenes behov.

Forretningsmessige hensyn ligger bak både reglene som gir mulighet for å gi lån til andre selskap i konsernet og reglene som gir mulighet til å delta i konsernkontoordning.¹²³ Disse hensynene er like sterke, uavhengig av om morsselskapet eller konsernspissen er norsk eller utenlandsk.¹²⁴ Det kan vel sies at lovgiverne har tatt dette på alvor i større grad når det gjelder unntaket for konsernkontoordning enn ved utformingen av unntaket for ordinær kreditt og sikkerhetsstillelse mellom selskap i samme konsern. Det er imidlertid et annet vilkår knyttet til bestemmelsen om bruk av konsernkonto som gjør at heller ikke dette er uproblematisk, rettslig sett.

4.2 Vilåårene for å benytte konsernkountounntaket

4.2.1 Oversikt over vilåårene

For at et selskap skal kunne delta i en konsernkontoordning med hjemmel i § 8-7 (4), må det for det første dreie seg om en konsernkontoordning i rettslig forstand. Grensen mot ordinære lån og sikkerhetsstillelse mellom konsernselskapene er her relevant. For det andre er det tale om deltagelse sammen med andre selskap i konsernet. Det siste vilååret, og det som fremkommer tydeligst som et vilkår i bestemmelsens ordlyd, er at deltagelse i en konsernkontoordning er betinget av hvordan midlene brukes. Midlene på kontiene i ordningen kan bare brukes i ”konsernets virksomhet.” For at dette siste vilååret skal klargjøres, må både konsernbegrepet og virksomhetsbegrepet i denne delen av bestemmelsen avklares.

¹²³ Ot.prp.nr.4 (1995-1996) s.14 og Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s. 29

¹²⁴ Perland 2004 s. 39

4.2.2 Det må være tale om en konsernkontoordning

Det er i § 8-7 (4) annet punktum gitt adgang til å gi forskriftsbestemmelser om hva en konsernkontoordning er. Forskriftshjemmelen er ikke benyttet.

Hva er så en konsernkontoordning i rettslig forstand?

Ordlyden i § 8-7 (4) gir ikke noen veiledning, utover selve begrepet konsernkontoordning. Det sier ikke mer enn at det er tale om en ordning med en eller flere konti knyttet til konsernet. Noe mer veiledning får man ved at bestemmelsen er gitt som et unntak fra forbudet i første og annet ledd. Det indikerer ut fra en naturlig og logisk forståelse at en konsernkontoordning innbefatter kreditt og/eller sikkerhetsstillelse, fra det aktuelle selskapet, til deler av kretsen forbudet omfatter.

Lovavdelingen viser til en ”naturlig forståelse” av begrepet, og viser også til vanlige vilkår for konsernkontoordninger som tilbys av norske finansinstitusjoner.¹²⁵ Det vises til innledningens beskrivelse av slike ordninger.

Lovavdelingen har gitt en tolkningsuttalelse om konsernkontoordninger. Lovavdelingen legger i uttalelsen generelt stor vekt på formålet bak bestemmelsen. Med utgangspunkt i spørsmål om nullsaldosystem omfattes av unntaket, har lovavdelingen også gitt en veiledning i hvordan tolkningsspørsmål om hvilke ordninger som omfattes bør løses.¹²⁶

Som svar på spørsmålet om nullsaldosystemer omfattes av konsernkontobestemmelsene, tar lovavdelingen utgangspunkt i begrepet nullsaldo og beskrivelsen banken gir av nullsaldosystemer. Formålet bak bestemmelsen vektlegges, nemlig fornuftig og forretningsmessig bruk av den samlede likviditeten i konsernet. I hvilken grad beskrivelsen av ordningen stemmer med beskrivelsen av konsernkontoordning gitt i forarbeidene, tillegges mindre vekt. Det at også andre formål, i dette tilfellet felles renteberegning, var sentralt for det aktuelle

¹²⁵ 2004/06494 s.1 punkt 3.1

¹²⁶ 2004/06494 s.1 punkt 3.2

nullsaldosystemet diskvalifiserte det ikke fra å være omfattet av § 8-7 (4). Faren for at eierne kunne tappe konsernets midler ble ikke ansett som større enn ved bruk av tradisjonelle konsernkontoordninger. Dette ble også vektlagt. Nullsaldosystemet, slik det var beskrevet, ville bidra til effektiv bruk av likviditeten i konsernet. Da dette er i overensstemmelse med formålet, ble konklusjonen at nullsaldosystemet var omfattet av bestemmelsen.¹²⁷ Lovavdelingen la altså avgjørende vekt på om formålet med bestemmelsen ble oppfylt ved vurdering av ordningen.

Både lovavdelingens uttalelse og formålet bak bestemmelsen i seg selv gjør at det må kunne slås fast at benevnelse av en ordning som konsernkontoordning, ikke i seg selv er tilstrekkelig for at den skal falle under lovens begrep. Det er heller ikke nødvendig at ordningen kalles konsernkontoordning for at den skal falle inn under § 8-7 (4). Det reelle innholdet i ordningen er avgjørende. Ordningen skal bidra til bruk av likviditet i tråd med formålet, og hensynet til å motvirke tapping av midler skal ivaretas.

Det kan spørres hvorfor forskriftshjemmelen ikke er benyttet. Begrunnelsen lovavdelingen gir for ikke å benytte forskriftshjemmelen, er blant annet at det ikke anses hensiktsmessig, fordi konsernkontoordningene som tilbys av norske finansinstitusjoner ikke gir grunnlag for det, og at det er vanskelig å lage en forskrift uten å innvirke negativt på produktutviklingen på området.¹²⁸ Det kan stilles spørsmål til den delen av begrunnelsen som kobles til konsernkontoordningene for norske finansinstitusjoner, og særlig sett i lys av at § 8-7 (4) bare er nødvendig der det norske datterselskapet har et utenlandsk morselskap.

Dersom morselskapet er utenlandsk, vil konsernkontoordningen antagelig også være i en utenlandsk finansinstitusjon. For de norske datterselskapene som vurderer om de kan delta i ordningen, vil det kunne være interessant med nærmere bestemmelser som kan hjelpe selskapet i vurderingen av om ordningen oppfyller lovens vilkår. Hvilke tilbud norske finansinstitusjoner har for konsernkontoordninger, er lite relevante, dersom de er

¹²⁷ 2004/06494 s.1 punkt 3.2

¹²⁸ 2004/06494 s.1 punkt 3.1

forskjellige fra utenlandske. Selve utformingen av eventuelle forskriftsbestemmelser ville avgjøre om de hemmer eller fremmer produktutviklingen på området.

4.2.3 Sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning

I en konsernkontoordning stiller selskapet sin positive likviditet til disposisjon for andre konsernselskap. Som konsekvens av konsernkountounntaket, er det ikke krav om at det stilles sikkerhet for lånet som dermed ytes fra datterselskapet til morselskapet.¹²⁹ Som nevnt i innledningen er konsernkontoordninger ofte kombinert med en kassakredittordning. Det enkelte datterselskap stiller, sammen med morselskapet, sikkerhet til finansinstitusjonen for konsernets gjeld. Spørsmålet er om denne formen for sikkerhetsstillelse er innenfor lovens konsernkontoordningsbegrep.

I motsetning til i tredje ledd nr 2 der sikkerhetsstillelse er positivt nevnt, er det i § 8-7 (4) kun tale om konsernkontoordning, og det kan være uklart om sikkerhetsstillelse er inkludert i unntaket. Både det at bestemmelsen er gitt som et unntak fra forbudet, som gjelder både kreditt og sikkerhetsstillelse, samt det at bestemmelsen kom inn for å avhjelpe begrensningene i konsernunntaket i tredje ledd nr 2, som også gjelder sikkerhetsstillelse, er momenter som kan tale for at sikkerhetsstillelse også er omfattet av konsernkountounntaket i fjerde ledd.

Lovavdelingen har stilt seg positiv til at sikkerhetsstillelse i form av solidaransvar for konsernets kreditt tilknyttet konsernkontoordningen er omfattet av konsernkountounntaket, men har tatt forbehold om at det kan være tilfeller der det faller utenfor.¹³⁰ Det presiseres også her at det er forskjell på å ta på seg ansvar for kreditten til andre selskap i konsernet og det å yte kreditt i form av egen likviditet.¹³¹ Denne forskjellen på kreditt og sikkerhetsstillelse er også presisert av Høyesterett i forbindelse

¹²⁹ Asl § 8-7 (4) jf (1)

¹³⁰ 2004/06494 s. 2 punkt 3.1

¹³¹ 2004/06494 s. 2 punkt 3.1

med spørsmål om unntak fra finansieringsforbudet i asl § 8-10 (1), en annen av aksjelovens låneforbudsregler.¹³²

Dersom et selskap i forbindelse med ekstern kredittordning knyttet til konsernkontoordning stiller uforholdsmessig stor sikkerhet sammenlignet med eget likviditetsbehov eller de andre deltagende selskaps sikkerhetsstillelse, kan dette være misbruk av ordningen og omgåelse av forbudsregelen i § 8-7 (1) og (2). Sett ut fra formålet med konsernkountunntaket, der også kreditorer skal ivaretas, kan det for et slikt tilfelle være tvilsomt om det faller inn under § 8-7 (4). Det kan sies at sikkerhetsstillelsen må være rimelig.

Det kan konkluderes med at sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordning normalt er omfattet av konsernkountunntaket i § 8-7 (4).

4.2.4 Grensen mellom lovlig lån i konsernkontoordning og ulovlig konsernlån

Fordi konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2 er svært begrenset med hensyn til hvilke land mor- og søsterselskap til et norsk datterselskap kan være hjemmehørende i, mens det for konsernkontoordning ikke er en slik begrensnig, er det en problemstilling hvor grensen går mellom lovlige lån i konsernkontoordningen og ulovlige konsernlån. Denne problemstillingen gjelder bare for de tilfeller som faller utenfor konsernunntaket, altså der mor- eller søsterselskapet til det norske datterselskapet er utenlandsk, men ikke hjemmehørende i et EØS-land med like strenge regler som de norske reglene i §§ 8-7 til 8-9.

Ordlyden i § 8-7 (4) gir liten veiledning om grensen mellom lån som er lovlige i forbindelse med konsernkontoordning og lån som faller utenfor dette unntaket.

¹³² HR-2011-1191-A s. 4

Det må ses på formålet bak konsernkontoordning, slik det fremkommer blant annet i forarbeidene. Effektiv utnyttelse av likviditeten i konsernet er fremhevet.¹³³ Et selskaps likviditet måles ut fra evnen til å dekke betalingsforpliktelsene etter hvert som de forfaller. Ved at konsernselskapene til enhver tid kan dele ledige midler, minimeres behovet for ekstern likviditetstilførsel, noe som etter formålet må anses ønsket.

En kassakredittordning, uavhengig av om den er frittstående eller knyttet til konsernkontoordning, har gjerne en ramme som er liten sammenlignet med selskapets ordinære lån. Den brukes gjerne også til løpende driftsutgifter, og meningen er å avhjelpe kortvarige likviditetsutfordringer som oppstår på grunn av at det ikke er kommet tilstrekkelig inntekter inn i forhold til påløpte utgifter. Større investeringer, i for eksempel bygninger, dekkes gjerne med egne lån. Vanlig bruk av kassakredittordning kan kanskje gi noe veiledning, også til hva som er lovlige ”konsernkantolån”. Siden en kassakredittordning gir tilførsel av midler, mens spørsmål i forbindelse med konsernkontoordning først og fremst knytter seg til det å stille midler til disposisjon, altså motsatt, blir det ikke helt samsvar. Ved vurdering av grenser for varighet på utlån, og lånets størrelse, kan det imidlertid trekkes paralleller.

Et spørsmål er hvor langvarig utlånet fra et datterselskap kan være, uten at det faller utenfor konsernkontoounntaket. Når det gjelder varighet er det vanskelig å si hva som er grensen for når et lån er å anse som langvarig. Det at formålet er knyttet til likviditetsbegrepet taler for forholdsvis kortvarige lån. Dras det parallell fra bruk av kassakredittordning, kan et eksempel med en produksjonsbedrift som kjøper inn materialer, bearbeider disse og selger det ferdige produktet, illustrere passende tid. En veiledning for grense for likviditetslån kan da være tiden det tar fra utgiftene påløper og til inntektene kommer. For selskap med sesongvariasjoner kan sesonghyppighet være et utgangspunkt for vurderingen. Lenger varighet enn et år kan vanskelig tenkes. Dersom konsernkontoordningen brukes til langvarig kreditt til et konsernselskap, må dette være å anse som et lån som faller utenfor fjerde ledd. Dette må antas å gjelde selv om lånet

¹³³ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 10

for så vidt er i tråd med formålet om bruk av konsernkapitalen på en forretningsmessig og fornuftig måte.¹³⁴

Hvor stort kan lånebeløpet inn til konsernkontoordningen være? Også her er det vanskelig å gi nøyaktig svar. Spørsmålet henger sammen med varighet. Dersom selskapet får store inntekter, og det er klart at det om kort tid får store utgifter som det selv vil trekke av konsernkontoordningen, skulle det ikke være noe i veien for å stille midlene til disposisjon i mellomtiden. Forutsetningen må være at det er rimelig sikkert at det er midler til disposisjon fra konsernkontoordningen for selskapet når det trenger dem. Trekkes det parallell fra kassakredittordninger, tilsier kanskje det, på den annen side, at det er mindre beløp det dreier seg om.

Gjensidighet er et annet vurderingstema når det gjelder skillet mellom lovlige lån i konsernkontoordning, og lån som faller utenfor konsernkontobestemmelsen. Dersom et datterselskap stadig er det selskapet som stiller midler til disposisjon, og i praksis fungerer som bank for de andre selskapene, taler dette for at ordningen faller utenfor konsernkountunntaket. Om det derimot er balanse i de beløp som stilles til disposisjon, og de som selskapet selv trekker på i ordningen, taler det i retning av å falle innenfor unntaket for konsernkontoordning. Det samme gjelder gjensidighet med hensyn til varigheten av at et datterselskap er henholdsvis långiver og låntaker.

Synergieffekter i konsernet vil normalt være til gode også for datterselskapet som deltar i konsernkontoordningen, slik at i den grad dette oppnås gjennom bruk av ordningen, vil momentet dra i retning av å anse det tilhørende låneforholdet som innenfor konsernkountunntaket.¹³⁵ Et eksempel kan være dersom datterselskapet også nyter godt av bedre betingelser enn det ville fått ved en egen kassakredittordning, men også andre synergieffekter er relevante. Felles økonomifunksjon som forenkles på grunn av bruk av konsernkontoordning kan være et eksempel.

¹³⁴ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 10

¹³⁵ Perland 2004 s.38

Dersom muligheten for tilbakebetaling er svak for midler som stilles til disposisjon i konsernkontoordningen, trekker dette i retning av å falle utenfor unntaket. I forarbeidene fremheves styrets plikt til å sørge for at datterselskapet ikke deltar i en konsernkontoordning uten at den oppfyller lovens vilkår.¹³⁶

Som en oppsummering kan det sies at der lånene mellom selskapene som deltar i konsernkontoordningen er balanserte når det gjelder hvilke selskap som er henholdsvis kreditor og debitor, låneforholdene er kortvarige og beløpene begrensede, og der det ikke er fare for langvarig illikviditet i debitorselskapet, må ordningen antas å være innenfor konsernkontoenunntaket i fjerde ledd. Det må forutsettes at også formålet bak bestemmelsen, nemlig at bruk av konsernkontoordning skal bidra til at konsernets kapital brukes ”fornuftig og forretningsmessig”, er oppfylt.¹³⁷

4.2.5 Bare selskap i konsernet kan delta i konsernkontoordningen

I henhold til ordlyden i § 8-7 (4) kan det norske datterselskapet delta i konsernkontoordning ”sammen med andre selskaper i konsernet”. Spørsmålet her er hvilke selskap som omfattes.

Utenforstående selskap kan ikke delta i ordningen. Det må gjelde selv om det også deltar andre selskap i samme konsern som det aktuelle datterselskapet. Det hjelper heller ikke om det skulle være samme eier(e) som står bak både konsernet og det utenforstående selskapet. Det må gjøres en reservasjon for det tilfellet at det utenforstående selskapet kun yter kreditt uten å være finansieringsinstitusjon.¹³⁸

Det vises i § 8-7 (4) til § 1-4 (2) første punktum. I § 1-4 (2) første punktum presiseres det at § 8-7 (4) også gjelder for datterselskap med utenlandsk morselskap. Det er ikke

¹³⁶ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 13

¹³⁷ Ot.prp.nr 21 (2002-2003) s. 11, 2004/06494 s. 1 punkt 2

¹³⁸ Finansvl § 1-3

noe tilleggskrav om at morselskapet skal være hjemmehørende i en EØS-stat eller være underlagt spesiell lovregulering, slik som for konsernunntaket i tredje ledd nr 2.

Forutsetningen om at de deltagende selskapene må være i konsern med hverandre ligger også implisitt i begrepet konsernkontoordning.

4.3 Vilkåret i § 8-7 (4) om bruk av konsernkantomidlene i ”konsernets virksomhet”

4.3.1 Konsernbegrepet i konsernkotobestemmelsen

Det fremkommer fra ordlyden i § 8-7 (4) at et norsk datterselskap kan delta i en konsernkontoordning sammen med ”andre selskaper i konsernet”.

Som nevnt er det i § 1-4 (2) første punktum presisert at § 8-7 (4) også gjelder for datterselskap med utenlandsk morselskap, uten tilleggskrav om hvor morselskapet skal være hjemmehørende, eller angående lovreguleringen det skal være underlagt. Dette står i motsetning til hva som gjelder for konsernunntaket i tredje ledd nr 2, slik at konsernbegrepet er ikke identisk i de to unntaksbestemmelsene. Det må derfor avklares hva som ligger i konsernbegrepet i konsernkotounntaket i fjerde ledd.

Det vises til drøftelsen av konsernbegrepet i konsernunntaket i tredje ledd nr 2. Konsernbegrepet i fjerde ledd er noe annet.

4.3.2 Morselskapsbegrepet i § 8-7 (4)

Morselskapet kan være utenlandsk, og det er i loven ikke stilt opp begrensninger for hva dette selskapet kan være. Spørsmålet her er om det er noen krav, og hva disse i så fall er.

Et morselskap er i § 1-3 (2) forutsatt at skal være et norsk aksjeselskap. Det kan spørres om det bare er selskapsstrukturer der det utenlandske morselskapet har en selskapsform som tilsvarer den norske aksje- eller allmennaksjeselskapsformen som kan være morselskap etter bestemmelsen i fjerde ledd.

Det som taler for at det skal stilles krav om at det utenlandske selskapet skal være et aksjeselskapslignende selskap, er at lovgivningen for slike selskap også i andre land har regler om kapitalbeskyttelse og kreditorvern. Dersom morselskapet er underlagt slike regler, selv om de ikke er like strenge som de norske reglene i §§ 8-7 til 8-9, vil det motvirke at midlene i konsernkontoordningen formidles til eierne av konsernet. I forarbeidene til endringsloven som innførte konsernkountaket er faren for slik formidling diskutert, men det er fremhevet at det norske styret har plikt til å se til at selskapet ikke inngår i en konsernkontoordning i strid med norsk lov.¹³⁹ På denne bakgrunn er det vanskelig å se at det er spesielle krav til selskapsform for et slikt utenlandsk morselskap.

Det kan trekkes en parallell til begrensningen av konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2, der det for utenlandsk morselskap stilles krav til lovgivningen i morselskapsstaten. Når dette vilkåret ikke er tatt med i bestemmelsen om konsernkountaket, kan det ses som støtte til at det heller ikke er krav til regulering av selve selskapsformen.

En grense må være mot de tilfeller der eierne bak selskapet kan identifiseres med selskapet; disse må falle utenfor. Dette gjelder selskapsformer som ligner på norsk ansvarlig selskap og kommandittselskap. I praksis vil derfor formen på det utenlandske morselskapet måtte være aksjeselskapslignende eller allmennaksjeselskapslignende.

¹³⁹ Ot.prp nr.21 (2002-2003) s. 13

Det må også med et utenlandsk morselskap være tale om en selskapsstruktur som kan anses som et konsern, altså en struktur der dette selskapet kan anses som et morselskap i den betydning at det har bestemmende innflytelse over minst det norske datterselskapet.¹⁴⁰ At selskapet er registrert som selskap i henhold til sitt lands regler, er også et minstekrav som kan stilles opp.¹⁴¹

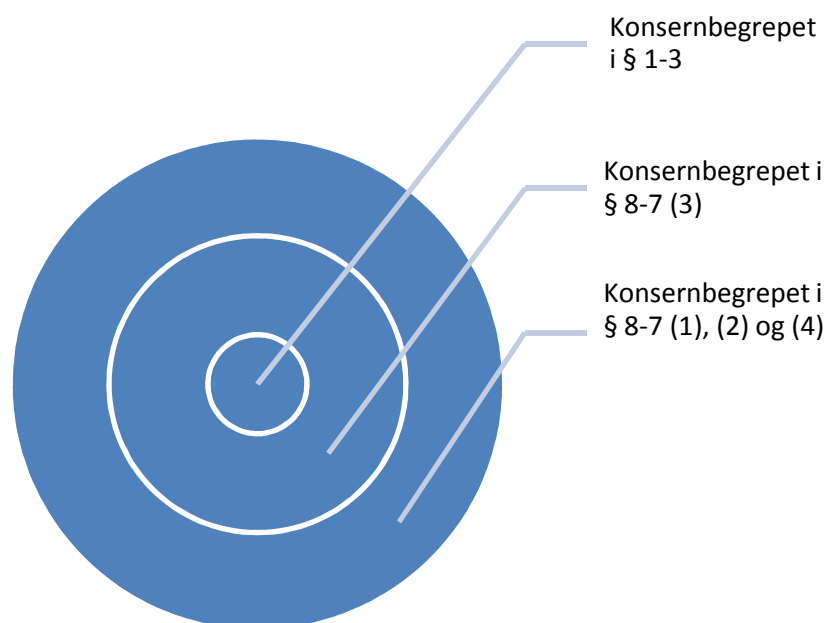
Da det ble innført en egen konsernkontobestemmelse var formålet at norske datterselskap, som på grunn av forbudet i § 8-7 (1) og (2), og det begrensede unntaket i tredje ledd nr 2, likevel skulle kunne delta i konsernkontoordning. Dette taler for et vidt konsernbegrep i konsernkontounntaket i fjerde ledd, og for at det ikke skal ligge andre begrensninger knyttet til selskapsform og formalia enn det som ligger i tredje ledd nr 2, tilhørighets- og lovgivningsvilkårene unntatt.

Konsernbegrepet i konsernkontounntaket er altså videre enn i konsernunntaket, og man har et relativt konsernbegrep i § 8-7. Det illustreres i figur 5, der området innenfor den innerste sirkelen representerer konsern med norsk morselskap, og området innenfor den midterste sirkelen representerer konsern der morselskapet hører hjemme i et EØS-land og er underlagt minst like streng lovgivning som i §§ 8-7 til 8-9. Det ytterste området representerer konsern uten disse begrensningene.¹⁴²

¹⁴⁰ Asl § 1-3

¹⁴¹ Fregl § 2-1

¹⁴² Asl § 1-4 (2) første punktum jf § 8-7 (1), (2) og (4). Utenfor er konsernlignende struktur som er utenfor aksjelovens bestemmelser, for eksempel der konsernspissen er et ansvarlig selskap.



Figur 5 Relativt konsernbegrep

4.3.3 Andre selskap i konsernet som det tillates at datterselskapet deltar i konsernkontoordning sammen med

For deltakelse i konsernkontoordning på bakgrunn av § 8-7 (3) nr 2 stilles det tilsvarende vilkår for datterselskapet, som for morselskapet, med hensyn til EØS-tilhørighet og lovgivning det er underlagt. Det kan stilles spørsmål om det er noen tilsvarende begrensninger etter bestemmelsen i fjerde ledd.

Det sies ikke noe om vilkår for søsterselskap for å delta i ordningen. På samme måte som det ikke er begrensning på hvilke datterselskap som kan delta i ordningen når morselskapet er norsk, er det heller ikke det når morselskapet er utenlandsk. Dette støttes av forarbeidene.¹⁴³ Beskyttelse av selskapets kapital skal ivaretas gjennom at det skal utvises forsiktighet når det vurderes og inngås avtale om konsernkontoordning. Også datterselskapet må imidlertid være et selskap. Det vises til at når morselskapet er

¹⁴³ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 12-13

norsk aksjeselskap, kan andre datterselskap som skal delta i konsernkontoordningen, ha andre selskapsformer. Dette må også gjelde når morselskapet er utenlandsk.

4.3.4 Hva er konsernets virksomhet?

I følge § 8-7 (4) kan midlene på konsernkontiene bare brukes i konsernets virksomhet. Spørsmålet blir hva som ligger i dette vilkåret.

Vilkåret om bruk av midlene i konsernets virksomhet er ikke uttrykt i konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2. Det fremstår som et tilleggsvilkår knyttet til bruk av konsernkontoordning for de selskapene som ikke kan delta i slik ordning, uten å gå via konsernkontobestemmelsen. Det gjelder selskap med utenlandsk morselskap som ikke er underlagt like strenge regler som de norske reglene i §§ 8-7 til 8-9. I aksjeloven er det ikke presisert hva som ligger i konsernvirksomhetsbegrepet. Forskjellige tolkninger kan tenkes.

Når selve konsernvirksomhetsbegrepet vurderes, kan det spørres om det er summen av virksomheten til de enkelte deltagende selskapene i konsernkontoordningen, eller om det også inkluderer virksomheten til eventuelle konsernselskap som ikke deltar i konsernkontoordningen. Det kan også spørres om man i det hele tatt kan ”summere” virksomhet i de enkelte selskap for å få konsernets virksomhet, eller om det ligger noe annet, kanskje grunnleggende felles, i begrepet.

4.3.4.1 Virksomhetsbegrepet tolket ut fra vedtektene

Det kan ses på hva vedtektsbestemmelsene hos de deltagende selskapene sier om det enkelte selskapets virksomhet.¹⁴⁴ Midler i konsernkontoordningen skal da ikke for det

¹⁴⁴ Asl § 2-2 (1) nr 3

enkelte selskap brukes til formål som ligger utenfor selskapets vedtektsfestede virksomhet. Dette blir en form for positiv avgrensning av virksomhetsbegrepet. Ofte sier det som er beskrevet som selskapets virksomhet i vedtektene ikke så mye ut over en generell beskrivelse. Det å gå fra virksomheten som er beskrevet i det enkelte selskapets vedtekter til å finne konsernets virksomhet er heller ikke uproblematisk.

4.3.4.2 Er virksomhet det samme som drift?

Kan virksomhet likestilles med drift? I forslaget fra departementet som gikk ut på høring før bestemmelsen ble vedtatt var vilkåret knyttet til konsernets drift.¹⁴⁵ Etter innspill i høringsrunden ble uttrykket endret til konsernets virksomhet. I følge departementet må det ved vurdering av hvordan midlene kan brukes legges ”betydelig vekt på hensynet bak regelen”. Basert på høringsinnspillene og departementets endring av uttrykk fra ”drift” til ”virksomhet”, er det naturlig å tolke konsernets virksomhet som konsernets drift og i tillegg noe mer.

Det kan spørres om det å knytte vilkåret til konsernets drift ville hjulpet særlig. Kanskje kunne finansiering av større investeringer da blitt utelukket, i alle fall dersom man trakk inn regnskapslovens bestemmelser om anleggsmidler som en begrensning av eiendeler som kunne finansieres via midler fra konsernkontoordning.¹⁴⁶

4.3.4.3 Virksomhetsbegrepet tolket ut fra hensynet bak bestemmelsen i § 8-7 (4)

Hensynet bak bestemmelsen er å avhjelpe konsernets likviditetsbehov, og det kan være naturlig å se på om dette gir noen veiledning i å tolke virksomhetsbegrepet i konsernkontounntaksbestemmelsen.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.21 (2002-2003) s. 26

¹⁴⁶ Rskl §§ 6-2 A, 5-3, 5-4

Det er klart at dersom midlene brukes til utdeling til eierne bak konsernet, enten det er skjult utbytte eller lovlig utbytte i henhold til mor- eller søsterselskapets hjemlands lovgivning, kan midlene fra datterselskapet ikke anses brukt i konsernets virksomhet, og forholdet faller utenfor konsernkontoen. Det samme gjelder dersom eierne bak konsernet opptar midler fra konsernkontoen som langvarig lån, også dette selv om lånet skulle være lovlig under lovgivningen det aktuelle konsernselskapet er underlagt.

Det kan spørres om ellers lovlige disposisjoner, men som ikke dekkes av begrepet konsernets virksomhet, fra mor- og søsterselskaps side er ulovlige sett i forhold til konsernkontoen dersom selve utbetalingen skjer fra en konto tilknyttet ordningen. I utgangspunktet faller disse utenfor konsernkontoen. Spørsmålet settes på spissen dersom de aktuelle selskapene samtidig har innskudd i ordningen som minst dekker disposisjonene. Etter ordlyden i § 8-7 (4) rammes dette som ulovlig, mens når man ser på formålet bak bestemmelsen skulle det ikke være problematisk. Spørsmålet er ikke klart, og det viser at det er vanskelig å kategorisere likvide midler ut fra hva de skal brukes til.¹⁴⁷

Noe veiledning kan det sies at hensynet bak bestemmelsen gir også når det gjelder å tolke konsernvirksomhetsbegrepet, men det er vanskelig å se at det gir særlig mer enn det å se på hensynet i seg selv.

4.3.4.4 Virksomhetsbegrep i andre lover

Det kan spørres om virksomhetsbegrepet i annen lovgivning enn aksjelovgivningen kan gi veiledning.

¹⁴⁷ Perland 2004 s. 43

Først ses det på skattelovgivningen.¹⁴⁸ Omsetning av varer og tjenester, salg og annen realisasjon av eiendeler og kapitalavkastning i virksomheten, er regnet som virksomhet i skattelovgivningen.¹⁴⁹ Skattelovgivningen har et vidt virksomhetsbegrep, og i rettspraksis er det klarlagt at det knyttes til krav om at virksomheten skal være egnet til å gi overskudd, og ikke bare til drift som gir inntekt.¹⁵⁰ Det kan ikke uten videre overføres til virksomhetsbegrepet i konsernkantobestemmelsen. Kanskje kan det som gjelder omsetning av varer og tjenester som faller innenfor skattelovgivningens virksomhetsbegrep, også måtte kunne anses som virksomhet i forhold til bruk av midler i konsernkontoordning. Ellers må det konkluderes med at virksomhetsbegrepet i konsernkantobestemmelsen er snevrere enn skattelovgivningens virksomhetsbegrep.

Når det gjelder regnskapslovens skille mellom balansens anleggsmidler og omløpsmidler, og da spesielt varer i sistnevnte gruppe, kan dette muligens være en rettesnor for hva som kan finansieres via konsernkontoordningen, på den måten at finansiering av anleggsmidler unntas.¹⁵¹ Noe veiledning kan muligens tas fra regnskapslovens balanseoppstillingsregler og vurderingsregler.¹⁵²

Et eksempel kan illustrere problemet med klassifisering. Det kan spørres om kjøp av eiendom ligger innenfor konsernvirksomhetsbegrepet. For et eiendomsselskap må svaret for selskapet være ja både sett fra det vedtektsfestede virksomhetsbegrepet og skattelovgivningens virksomhetsbegrep. Antagelig vil et slikt kjøp likevel falle utenfor det midlene på en konsernkontoordning kan benyttes til. Dette fordi beløpsstørrelse vil indikere at det da dreier seg om ordinært lån. I forhold til regnskapsloven vil en fast eiendom falle inn under anleggsmidler, nærmere bestemt varige driftsmidler.¹⁵³

Når det gjelder virksomhetsbegrepet for det enkelte selskap, kan man se til både regnskapsloven og skatteloven, men konklusjoner om grensene for konsernets virksomhet kan ikke trekkes derfra.

¹⁴⁸ Andenæs 2007 s. 8

¹⁴⁹ Sktl § 5-30 (1)

¹⁵⁰ Rt. 1985 s. 319, s. 323

¹⁵¹ Rskl § 6-2 A

¹⁵² Rskl §§ 6-2 A, 5-1 til 5-4

¹⁵³ Rskl §§ 6-2 A II nr 1

4.3.5 Hva vil det si å ”bruke” midlene i konsernets virksomhet?

Ved vurdering av hva som ligger i det å ”bruke” midlene i konsernkontoordningen, kan det stilles spørsmål om midlene bare kan brukes av deltagerne i ordningen, eller om andre ikke-deltagende konsernselskap omfattes.¹⁵⁴

Ordlyden kan tale for at midlene kan brukes i hele konsernet. Ut fra formålsbetraktninger virker det imidlertid mest riktig at det er likviditetsbehovet bare til de deltagende selskap som skal avhjelpest. Hensynet til gjensidighet, og for så vidt til selskapet selv, tilsier også denne begrensningen. Dersom andre selskap i konsernet, som ikke deltar i konsernkontoordningen, skal tilstilles midler kan dette skje gjennom reglene om konsernbidrag, der størrelsen på bidraget begrenses av utbytteregulene.¹⁵⁵

4.3.6 Gjelder kravet om bruk i konsernets virksomhet alle midlene i konsernkontoordningen?

Det kan videre spørres om det bare er midlene til det norske datterselskapet som må oppfylle kravet om bruk i konsernets virksomhet, eller om det er alle midlene på kontoene i ordningen.¹⁵⁶

Når det gjelder spørsmålet om vilkåret om bruk i konsernets virksomhet gjelder alle midlene i ordningen, taler ordlyden for at det er slik, mens det ut fra formålsbetraktninger virker som et unødvendig krav.¹⁵⁷ Så lenge midlene fra det norske datterselskapet er ”sikret”, skulle det ikke være relevant om midler tilstilt fra for eksempel utenlandske selskap i ordningen brukes også utenfor virksomheten.

¹⁵⁴ Olf 2011 s. 5

¹⁵⁵ Asl § 8-5 jf sktl §§ 10-2 til 10-4

¹⁵⁶ Olf 2011 s. 5

¹⁵⁷ Olf 2011 s. 5

Dersom det er et krav om at alle midlene i konsernkontoordningen kun skal brukes i konsernets virksomhet, kan det også spørres om kravet må være oppfylt til enhver tid. En tolkning kan være at vilkåret om bruk av midlene i konsernets virksomhet må være oppfylt når datterselskapet trer inn i ordningen. Det kan trekkes en parallell til tidspunktet for når vilkårene for lovlige lån etter § 8-7 (3), og for så vidt lån innenfor utbytterammen og som er sikret, må være oppfylt. Det er når kreditt gis eller sikkerhet stilles.¹⁵⁸ Også for konsernkontoordningen må vilkåret minst være oppfylt på tidspunktet for inntreden. Omgåelseshensyn taler vel for at vilkåret må være oppfylt også senere.

4.3.7 Oppsummering av vilkåret om at midlene bare kan brukes i konsernets virksomhet

Basert på gjennomgangen ovenfor, er det vanskelig å trekke noen konklusjon om hva som ligger i vilkåret i § 8-7 (4) om at bruk av konsernkantomidlene bare kan brukes i konsernets virksomhet. Usikkerheten knyttet til hva som regnes som konsernets virksomhet fremheves som en rettsusikkerhet, som er et betydelig praktisk problem, og som begrenser norske selskaps konkurranseevne.¹⁵⁹

Vilkåret om at midlene i konsernkontoordningen kun skal brukes i konsernets virksomhet er ikke oppstilt i unntaksbestemmelsen for konserninterne lån i § 8-7 (3) nr 2. Om det kan innfortolkes også for slike lån utenfor konsernkontoordning er et eget spørsmål, som er interessant på bakgrunn av at regelen i fjerde ledd var ment som en oppmyking av unntaksreglene, slik at flere selskap skulle kunne delta i konsernkontoordning enn de som kunne gi konserninterne lån. Uten uttrykkelig lovhjemmel er det vanskelig å stille opp en regel om at midlene må brukes i konsernets virksomhet ved bruk av konsernunntaket i tredje ledd nr 2.

¹⁵⁸ NOU 1992:29 s.174, Andenæs 2006 s. 477

¹⁵⁹ Olf 2011 s. 5-6

Siden fjerde ledd var ment som en oppmyking, kan dette tale for en vid og liberal tolkning av konsernets virksomhet, og der det ved tvil legges vekt på hva som ligger i konsernkontoordningsbegrepet og hensynet bak regelen. Bestemmelsen skal være praktisk å bruke og funksjonell i forhold til formålet om likviditetsutnyttelse i konsernet. Også dette taler for å utvise forsiktighet med å sette snevre skranker for hva som anses som bruk av midlene i konsernets virksomhet.

4.4 Hvilke av selskapets midler kan gå inn i konsernkontoordningen

4.4.1 Utgangspunkt

Et spørsmål er om alle selskapets likvide midler kan stilles til disposisjon i en konsernkontoordning. En tolkning av konsernkontobegrepet og bestemmelsen i § 8-7 (4) tilsier ikke noen begrensning på hvilke midler som kan gå inn i ordningen; det er kun begrensning knyttet til bruk av midlene. Heller ikke i forarbeidene stilles det noen slike begrensninger.

Hensynet til effektiv bruk av konsernets samlede midler taler også for et positivt svar på spørsmålet. Dette vil føre til minst mulig samlet kreditt utenfra konsernet, lave totale rentekostnader, samt et minimum av kostnader i form av gebyr og provisjon til finansinstitusjon, eventuelt maksimal innskuddsrente dersom konsernet samlet har likviditetsoverskudd.

4.4.2 Midler som ikke kan gå inn på konti tilknyttet konsernkontoordningen

Det er imidlertid lovbestemte unntak som begrenser hvilke midler som kan inngå i ordningen. Disse er ikke gitt som unntak ved tolkning av asl § 8-7 (4), men som positive bestemmelser ellers i lovverket om hvilke midler som skal være på egne konti.

Det mest åpenbare eksempelet er midler som tilhører tredjemann, men som står på konto som disponeres av selskapet. Advokaters klientkonti kan nevnes; midlene på disse kan ikke inngå i konsernkontoordning.¹⁶⁰ Det samme gjelder konti der det er avtalt delt eller begrenset disposisjonsrett, som for eksempel depositumskonto for husleie.¹⁶¹ Heller ikke skattetrekkmidler kan stå på en konto som inngår i konsernkontoordningen, bortsett fra i de tilfeller der det i stedet for midler på egen konto er stilt finansiell garanti overfor skattemyndighetene.¹⁶² Særlig større selskap benytter seg av denne muligheten for å slippe likviditetsbelastning.

Det er altså flere forskjellige typer midler som ikke kan inngå i konsernkontoordning, slik at for noen selskap og konsern vil dette være en begrensning for utnyttelsen av likviditeten. Det gjelder både bruk av midlene som mulig innskudd i ordningen, og som sikkerhetsstillelse.

5 Hva skjer videre?

5.1 Om forslaget til endring i aksjeloven som utvider konsernunntaket

Problemstillingene og grensespørsmålene som er drøftet illustrerer at det er motsetninger mellom flere av de underliggende hensynene i aksjelovgivningen, som hensynet til kreditorene og hensynet ellers til beskyttelse av selskapets kapital på den ene siden, og hensynet til fornuftige og ønskelige løsninger for effektiv utnyttelse av kapital både for konsernet som helhet og det enkelte deltagende konsernselskapet på den andre siden.

¹⁶⁰ DI § 224 (3) annet punktum jf Advokatforskriften § 3-1, § 3-2

¹⁶¹ Husll § 3-5 (2)

¹⁶² Sktbl § 5-12 (1) jf (2)

Det er kolliderende hensyn som begrunner reglene, og utformingen av lovgivningen knyttet til konsernkontoordning viser både at det er vanskelig for lovgiver å gi klare regler i interessemotsetningsspennet mellom selskapet som eget subjekt og konsernet som enhet, og det er utfordrende for selskapene å forholde seg til reglene.

Det er særlige problemstillinger for norske selskap med utenlandsk konserntilhørighet, i form av at morselskapet eller konsernspissen ikke er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap. Hvorvidt kapitalbeskyttelseshensyn går foran andre viktige hensyn, har vært debattert.¹⁶³ Debatten avslører vel ikke uenighet om hvilke hensyn som er viktige, men hvordan hensynene skal vektes i forhold til hverandre.

Særlig de siste årene er det blitt en konkurransesituasjon på selskapsrettsområdet. EU-domstolen har bidratt til dette med avgjørelser som gir utstrakt rett til etablering av selskap og virksomhet på tvers av landegrensene.¹⁶⁴

I Gudmund Knudsens rapport om endringer i aksjeloven er det tatt inn forslag om å endre bestemmelsen i § 1-4 (2) annet punktum, slik at vilkåret som er knyttet til lovgivningen mor- og søsterselskapet er underlagt utgår.¹⁶⁵ Mor- og datterselskap i alle EØS-stater vil da være omfattet av konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2. Det vil fremdeles være krav til at også morselskapet må oppfylle vilkåret om å være hjemmehørende i en EØS-stat, selv om det er søsterselskapet som skal gis kreditt eller bli stilt sikkerhet til fordel for.¹⁶⁶

Dersom endringen blir vedtatt, vil de norske reglene være overensstemmende med de svenske og danske, bortsett fra at det danske konsernunntaket kun gjelder morselskap.¹⁶⁷ I tillegg til å ta bort kravet til lovgivningen som mor- og datterselskap er underlagt, foreslås det at departementet gis forskriftshjemmel til å bestemme at konsernunntaket også skal kunne gjelde for andre mor- og søsterselskap enn de som

¹⁶³ Perland 2004, Ofstad 2005, Perland 2005

¹⁶⁴ Centros

¹⁶⁵ Knudsen 2011 s. 146

¹⁶⁶ Knudsen 2011 s. 103

¹⁶⁷ Werlauff 2010, kap. 4.4

hører hjemme i EØS-området.¹⁶⁸ Det skal i forskriften da angis hvilke stater utenfor EØS som mor- og søsterselskap til norsk selskap kan være hjemmehørende i for at konsernunntaket skal gjelde.¹⁶⁹ Begrunnelsen for denne delen av forslaget er ikke uttalt, men kan synes å være en avveining av norske selskaps internasjonale konkurransedyktighet med hensyn til etablering som datterselskap i Norge av utenlandske selskap, og hensynet til å hindre omgåelse av låneforbudet og tapping av norske konsernselskap i strid med den norske aksjelovgivningen.¹⁷⁰ Det sies ikke hvilke kriterier departementet skal brukes når aktuelle land skal angis, men det vises til at forutsetningen for det danske forslaget om utvidelse av konsernunntaket er at OECDs landrisikoklassifikasjon skal være avgjørende, ved at landene i de to beste kategorier omfattes.¹⁷¹ Dersom OECD-medlemskap vil være et kriterium for en eventuell forskrift, betyr det at blant annet USA, Canada, Japan og Australia inkluderes som aktuelle ”mor- og datterselskapsland”.¹⁷² Kina og Brasil ville fremdeles ikke være aktuelle.

5.2 Om betydningen av den foreslåtte endringen i konsernunntaket

En endring av konsernunntaksreglene i henhold til forslaget vil ha betydning på to måter. For det første vil endringen bety en betydelig utvidelse av hvilke lands selskap som kan gis kreditt eller bli stilt sikkerhet til fordel for av sine norske datterselskap. Det andre er at usikkerheten forsvinner ved at det angis hvilke land morselskapet eller søsterselskapet til et norsk datterselskap kan være hjemmehørende i uten å rammes av det generelle forbudet mot lån og sikkerhetsstillelse til aksjeeiere og nærstående. Dette betyr en betydelig praktisk forenkling. Forslaget har fått støtte, og det har ikke vært vesentlige innsigelser.¹⁷³ Det gjenstår å se om forslaget vedtas.

¹⁶⁸ Knudsen 2011 s. 135

¹⁶⁹ Knudsen 2011 s. 135

¹⁷⁰ Knudsen 2011 s. 103

¹⁷¹ Knudsen 2011 s. 104, Werlauff 2010, kap. 4.5

¹⁷² OECD. Members and partners

¹⁷³ Olf 2011, Wikborg Rein & Co 2011, PwC 2011, Advokatforeningen 2011, Revisorforeningen 2011. De fleste høringsuttalelsene berører riktignok ikke temaet.

Det er konsernunntaket i § 8-7 (3) nr 2 som i tilfelle vil bli utvidet. Konsernunntaket vil også gjelde for kreditt og sikkerhetsstillelse i forbindelse med konsernkontoordninger. Det betyr at for selskap som tilhører konsern med mor- og søsterselskap i alle EØS-stater, og i stater som er beskrevet i den eventuelt kommende forskriften, blir § 8-7 (4) uten betydning. Det at vilkåret i bestemmelsen om at bruken av midlene bare skal brukes i konsernets virksomhet blir uten betydning, vil være en forenkling og reduksjon av usikkerhet for norske selskap som vil inngå i konsernkontoordning med andre selskap i konsernet, som etter dagens rettsstilstand faller utenfor konsernunntaket.

5.3 Konsernkountounntaket etter de foreslåtte endringene i aksjeloven

Det foreligger ikke forslag til endringer i bestemmelsen i § 8-7 (4) om konsernkountounntaket.

Fjerde ledd i § 8-7 vil fremdeles ha betydning i de tilfeller der morselskapet og eventuelle andre konsernselskap hører hjemme i et land utenfor EØS, og som ikke er omfattet av en eventuell forskriftsbestemmelse. Dersom departementet følger dansk praksis for hvilke land som omfattes, vil imidlertid dette gjelde forholdsvis få norske selskap, fordi viktige land der norske selskap har konserntilknytning vil bli omfattet, enten ved at det er et EØS-land, eller at det blir omfattet av bestemmelsen etter forskriften.¹⁷⁴

For norske aksjeselskap, som også etter lovendringen er underlagt begrensningene knyttet til bruk av konsernkantomidlene, vil spørsmålet om hva som ligger i vilkåret om bruk av konsernkantomidlene i konsernets virksomhet fremdeles være aktuelt. Med økende internasjonalisering, der norske selskap deltar i konsern med konsernspiss hjemmehørende utenfor EØS, er det grunn til å tro at utfordringene knyttet til tolkning av dette vilkåret blir aktuelle for et økende antall norske selskap.

¹⁷⁴ Olf 2011 s. 6-7

Litteraturliste

Litteratur:

Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven - kommentarutgave*. 2. utg. 2004

Advokatforeningen. *Høringsuttalelse — utredning om forenkling og modernisering av aksjeloven*. (Høringsuttalelse). Oslo 2011

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utgave. Oslo 2006

Andenæs, Mads Henry. *Selskapsrett*. Oslo 2007

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utgave ved Helgesen, Jan E. Oslo 2001

Gomard, Bernhard. *Kapitalen i aktie- og anpartsselskaber*. I: Lars Bo Langsted (red.). *Selskabers Kapital. Nye tendenser i skandinavisk selskabsret* (3). København 1999

Gravir, Gaute. *De norske aksjelovers regler om kreditt og sikkerhet til utenlandske mor- og søsterselskaper*. Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2001:2 s. 145 flg.

Knudsen, Gudmund. *Forenkling og modernisering av aksjeloven*. (Utredning skrevet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet). Oslo 2011

Matre, Hugo P. *Lånerammen for aksjonærlån*. Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder, Festskrift til Mads Henry Andenæs s. 200-206 (FEST-2010-mha-200). 2010

Neville, Mette og Karsten Engsig Sørensen (red.). *Den nye selskabslov*. 2009

Olf, Oljeindustriens Landsforening. *Utredning om forenkling og modernisering av aksjeloven – høringsuttalelse om endring av § 1-4.* (Høringsuttalelse). Stavanger 2011

Ofstad, Tone. *Kapitalbeskyttelsesregler og reelle hensyn.* Tidsskrift for Forretningsjus 2005-1

Perland, Olav. *Kapitalbeskyttelse for enhver pris?* Tidsskrift for Forretningsjus 2004-4

Perland, Olav. *Kapitalbeskyttelse og andre gode hensyn.* Tidsskrift for Forretningsjus 2005-2

PwC, PricewaterhouseCoopers. *Høringsuttalelse – Utredning om forenkling og modernisering av aksjeloven.* (Høringsuttalelse) Oslo 2011

Revisorforeningen. *Høring – Forenkling og modernisering av aksjeloven.* (Høringsuttalelse) Oslo 2011

Sandvik, Sverre og Kjell Manskow. *Lån mv. til skandinavisk mor- eller søsterselskap.* Revisjon og regnskap nr 5/2010

Sundby, Anne Cathrine. *Det nye selskapsrettslige landskap.* Lov og Rett 2005 s. 387-422

Werlauff, Erik. *Selskabsret.* 8.udgave. København 2010

Wikborg Rein & Co. *Høring – Forenkling og modernisering av aksjeloven.* (Høringsuttalelse) Bergen 2011

Zimmer, Frederik (red.). *Bedrift, selskap og skatt.* 5. utg. Oslo 2010

Nettsider mm:

DnB NOR. www.dnb.no

<https://www.dnb.no/bedrift/bransje-og-ekspertise/cash-management/tjenester.html>

(16. november 2011)

DnB NORs standardavtale, engelsk avtalesett 20101108 (e-mail 28.juni 2011):

Group account system agreement – general terms and conditions for group account system

Enclosures:

- (i) Form of participation agreement – general terms and conditions for sub accounts
- (ii) Form of Parent Guarantee/Guarantee from Security Provider (if desirable to execute)

Handelsbanken. www.handelsbanken.no

http://www.handelsbanken.no/shb/inet/istartno.nsf/FrameSet?OpenView&iddef=bedrift&navid=Z2_Bedriftstjenester&sa=/Shb/Inet/ICentNo.nsf/Default/q07BBE45C32834DF5C1256CBB00343E08 (16. november 2011)

OECD. *Members and partners*. 15. november 2011. www.oecd.org

SSB Emne 09.05 Utenrikshandel, tabell 3 *Samhandelen med land og landområder. Januar-juli 2010 og 2011 Foreløpige tall*. www.ssb.no

Lover:

Asal Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr 45

Asl Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr 44

Asl 1976 Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 (opphevet)

Companies Act 2006 Companies Act 2006 of 8 November 2006 (Storbritannia)

DI Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr 05

EØS-avtalen Ref. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr 109

Endringslov av 25. april 2003 nr 25 Endringslov til aksjelovgivningen

Finansvl Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr 40

Fregl Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr 78

Husll Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr 17

Rskl Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998

Sel Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven) av 21. juni 1985 nr 83

Skdbl Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven) av 17. juni 2005 nr 67

Sktl Skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr 14

FOR-1996-12-20-1161 Forskrift til domstolloven kapittel 11 (Advokatforskriften)

Lovforarbeider og tolkningsuttalelser:

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning

Ot.prp.nr.19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper

Ot.prp.nr. 4 (1995-1996) Om lov om endringer i lov 4 juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m.v (EØS-tilpasning)

Ot.prp.nr.65 (1998-1999) Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.

Ot.prop.nr.21 (2002-2003) Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.m.

Ot.prop.nr.55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.

2001/2870 Lovavdelingens tolkningsuttalelse. EP TO. 15.06.2001

2004/06494 Lovavdelingens tolkningsuttalelse. EP TOF/KJL. 19.04.2005

Rettspraksis:

Rt. 1985 s. 319

Rt. 2000 s.1473

HR-2011-1191-A

Centros, sak C-212/97

Liste over figurer

Figur 1 Konsernkonto	4
Figur 2 Låneforhold i konsernkontoordning	5
Figur 3 Kassakreditt i konsernkontoordning.....	6
Figur 4 Eksempel på konsernstruktur	30
Figur 5 Relativt konsernbegrep.....	54